

FORHOLDET MELLOM FAGLIG LEDER OG DAGLIG LEDER I EIENDOMSMEGLINGSFORETAK

Hvor ligger den avgjørende myndighet i et
eiendomsmeglingsforetak?

Kandidatnr: 341

Veileder: Professor dr. juris Tore Bråthen

Leveringsfrist: 25.04.2005

Til sammen 17.365 ord

Innholdsfortegnelse

<u>LOVREGISTER</u>	<u>4</u>
<u>1 INNLEDNING</u>	<u>5</u>
1.1 TEMA FOR OPPGAVEN	5
1.2 PROBLEMSTILLINGEN	5
1.3 AVGRENSNING AV OPPGAVEN	9
1.4 OVERSIKT OVER DEN VIDERE FREMSTILLING	9
<u>2 RETTSKILDER</u>	<u>11</u>
2.1 LOVER, FORSKRIFTER, FORARBEIDER OG RETTSPRAKSIS	11
2.2 ANDRE MYNDIGHETERS PRAKSIS	12
2.2.1 RUNDSKRIV FRA KREDITTILSYNET	12
2.2.2 RETNINGSLINJER FRA FORBRUKEROMBUDET	13
2.3 JURIDISK TEORI	14
2.4 REELLE HENSYN	15
2.5 ØVRIGE KILDER	15
2.5.1 GOD MEGLERSKIKK	15
2.5.2 ETISKE REGLER	17
<u>3 SVENSK OG DANSK RETT</u>	<u>18</u>
<u>4 UTVIKLINGEN FRA 1931 TIL 2005</u>	<u>20</u>
<u>5 DE RETTSLIGE UTGANGSPUNKTENE</u>	<u>24</u>
5.1 DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT FOR FAGLIG LEDERS ANSVAR	24
5.2 DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT FOR DAGLIG LEDERS ANSVAR	26

6 UTVALGTE TYPETILFELLER **29**

6.1	GOD MEGLERSKIKK	29
6.1.1	PROBLEMSTILLINGEN	29
6.1.2	ER DAGLIG LEDER BUNDET AV NORMEN GOD MEGLERSKIKK?	30
6.1.3	HVEM HAR DET OVERORDNEDE ANSVARET FOR AT FORETAKET FØLGER NORMEN?	31
6.2	ANSVARET FOR ANSETTELSE	34
6.2.1	PROBLEMSTILLINGEN	34
6.2.2	KAN FAGLIG LEDER HA VETORETT VED ANSETTELSE?	35
6.2.2.1	Kompetansesammensetningen i foretaket	36
6.2.2.2	Der det finnes bedre kvalifiserte	37
6.2.2.3	Ved ansettelse av inkompetent medarbeider	37
6.3	MARKEDSFØRING	40
6.3.1	PROBLEMSTILLINGEN	40
6.3.2	MARKEDSFØRING AV FORETAKETS TJENESTER	40
6.3.3	MARKEDSFØRING AV EIENDOMMER FORETAKET HAR SALGSOPPDRAK PÅ	44
6.4	ØKONOMISKE FORHOLD	46
6.4.1	AVSETNING AV MIDLER TIL ETTERUTDANNING OG KURSING	46
6.4.1.1	Problemstillingen	46
6.4.1.2	Faglig leders innflytelse på avsetning av midler til etterutdanning og kursing	46
6.4.2	DAGLIG LEDERS KRAV TIL Å OPPNÅ SALGSBUDSJETT	49
6.4.2.1	Problemstillingen	49
6.4.2.2	Kan faglig leder kreve tempoet redusert?	50
6.4.3	ANSVARET FOR KLIENTKONTI	52
6.4.3.1	Problemstillingen	52
6.4.3.2	Daglig leders ansvar for klientkonti	53
6.5	ANSVARET FOR INTERNKONTROLL	55
6.5.1	PROBLEMSTILLINGEN	55
6.5.2	FAGLIG LEDERS ANSVAR FOR INTERNKONTROLL	55
6.5.3	DAGLIG LEDERS ANSVAR FOR INTERNKONTROLL	57

7 AVSLUTNING **59**

7.1	ANSVARSFORHOLDET I EIENDOMSMEGLINGSFORETAK	59
7.2	ANSVARSFORHOLDET – DE LEGE FERENDA	60
7.3	KAN MAN I NY EIENDOMSMEGLINGSLOV DRA NYTTE AV ERFARINGER FRA ANDRE BRANSJER OM EN LIKENDE PROBLEMSTILLING?	62

<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE, OFFENTLIGE PUBLIKASJONER M.V.</u>	<u>64</u>
8.1	LITTERATURLISTE	64
8.2	OFFENTLIGE PUBLIKASJONER	65
8.3	BRANSJEREGLER	66
8.4	OFFENTLIGE BREV	66
8.5	INTERNETTLISTE	66
8.6	DOMSREGISTER	66
<u>9</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>67</u>
9.1	KAPITTEL 5 I FORSKRIFT OM EIENDOMSMEGLING	67

Lovregister

Norske lover

Lov om aksjeselskaper 13.06.1997 nr 44 (asl.)

Lov om apotek 02.06.2000 nr 39 (apotl.)

Lov om domstolene 13.08.1915 nr 5 (dl.)

Lov om eiendomsmegling 16.06.1989 nr 53 (emgll.)

Forskrift om bruk av informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT-forskriften)

Forskrift 20.3.1990 nr 177 om eiendomsmegling (Forskriften)

Forskrift 20.6.1997 nr 1057 om klargjøring av kontrollansvar, dokumentasjon og bekreftelse av den interne kontroll (forskrift om internkontroll)

Forskrift 14.10.1999 nr 1084 om årsregnskap m.m. for eiendomsmeglere (forskrift om årsregnskap)

Lov om inkasso 3.05.1988 nr 26 (inkl.)

Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår 16.06.1972 nr 47 (mfl.)

Lov om tilsynet for kredittinstitusjoner, forsikringsselskaper og verdipapirhandel m.v. (kredittilsynsloven) 7. 12.1956 nr 1 (kredttl.)

Lov om verdipapirhandel 19.06.1997 nr 79 (vphl.)

Lov om årsregnskap m.v. 17.07.1998 nr 56 (rskl.)

Utenlandske lover

Lov om omsætning af fast ejendom af 30.06.1993 nr. 453

Lag om fastighetsmäklare (1995:400)

Forkortelser

NEF – Norges Eiendomsmeglerforbund

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Tema for oppgaven er ansvarsforholdet mellom faglig leder og daglig leder innad i eiendomsmeglingsforetak.

Utgangspunktet for funksjonsdelingen mellom daglig leder og faglig leder er gitt i lovgivningen. Daglig leders ansvarsområde reguleres av selskapslovgivningen, mens faglig leders ansvarsområde reguleres gjennom eiendomsmeglingsloven og forskrift om eiendomsmegling.¹

Generelt har daglig leder arbeidsgiveransvaret, ansvaret for drift og markedsføring, samt ansvaret for det økonomiske resultatet av virksomheten.² Faglig leder har ansvaret for den faglige gjennomføringen av eiendomsmeglingen. Med dette menes alle stadier i meglingen, så som annonsering og salg, kontraktsforhandlinger og oppgjør, jf eiendomsmeglingsloven og Forskriften.³

1.2 Problemstillingen

Hensikten med oppgaven er å finne ut hvorvidt det kan utledes en mest mulig konkret grenseoppgang mellom daglig leders og faglig leders funksjon og ansvar innad i et eiendomsmeglingsforetak. Det går et skille mellom selskapets ledelse og den faglig ledelse. Bestemte oppgaver ligger til de ulike rollene. Innholdet i de ulike rollene er i utgangspunktet for en stor del regulert gjennom lovgivningen som nevnt i punkt 1.1 foran, men det fremgår ikke klart av lovens ordlyd hvor grensene for ansvar og kompetanse går for daglig leder og faglig leder av et eiendomsmeglingsforetak.

¹ Forskrift om eiendomsmegling er senere i oppgaven omtalt som Forskriften.

² Jf ordene ”daglig ledelse” i asl. § 6-14 første ledd.

³ Jf emgll. § 2-1 sjette ledd og forskriften kapittel 5.

Eiendomsmeglingsloven regulerer ikke daglig leder-funksjonen og stiller derfor ingen krav til en daglig leder i et eiendomsmeglingsforetak, som for eksempel at vedkommende har spesiell kunnskap om bransjen eller at han eller hun må tilfredstille noen krav til hederlig vandel eller relevant erfaring. Slike krav stilles blant annet til den som er faktisk leder av en oppgjørssentral i henhold til vphl. § 6-1 tredje ledd.⁴ Eiendomsmeglingsloven selv stiller kun krav til egnethet for deltaker eller aksjeeier med betydelig eierandel, jf emgll. § 2-1 femte ledd.

Etter emgll. § 2-1 første ledd kan bevilling til å drive eiendomsmegling gis til person som har eiendomsmeglerbrev, eller til ansvarlig selskap eller aksjeselskap/allmennaksjeselskap. For den gruppen hvor bevilling gis til person som har eiendomsmeglerbrev, jf emgll. § 2-1 første ledd nr 1, vil ikke problemstillingen være aktuell. Det mest vanlige i dag er at bevilling gis til foretak, jf emgll. § 2-1 første ledd nr 3. Et av vilkårene for å få bevilling etter denne bestemmelsen, er at foretaket har en faglig leder for eiendomsmeglingsvirksomheten som er eiendomsmegler eller advokat, jf emgll. § 2-1 sjette ledd. Dersom faglig leder slutter, må ny faglig leder ansettes for at foretaket skal kunne opprettholde sin bevilling.

Eiendomsmeglingsloven gir hjemmel for nærmere regler om faglig leders ansvar og plikter, men den gir ikke hjemmel til å gå opp grensegangen mellom rollene. Den endelige grenseoppgangen vil være opp til domstolen å fastsette.

Daglig ledelse av et eiendomsmeglingsforetak berøres så vidt i forarbeidene til eiendomsmeglingsloven, hvor departementet uttalte: ”Etter ...[§ 2-1 sjette ledd, første punktum] skal ansvarlig selskap og aksjeselskap med bevilling etter første ledd, samt bank med bevilling etter andre ledd, ha en faglig leder som er eiendomsmegler eller advokat. Kravet til faglig ledelse innebærer ikke noe krav om administrativ ledelse, selv om dette trolig i de fleste tilfelle vil være mest praktisk.”⁵

⁴ Vphl. § 6-1 tredje ledd: ”Den som faktisk leder oppgjørsvirksomheten skal ha relevant erfaring og ha ført en hederlig vandel.”

⁵ Jf Ot. prp. nr 59 side 37, punkt 9. I Innst. O nr 92 side 17, spalte 2, slutter lovkomiteen seg til departementets uttalelse.

Lovutvalget uttalte følgende om forslaget til den nye bestemmelsen i emgll. § 2-1 tredje ledd: ”I [§ 2-1] tredje ledd [nå sjette ledd, første punktum] er det et krav om at foretaket må ha personell med den fagkunnskap som er nødvendig for å kunne drive eiendomsmegling, og dertil har de egenskaper som kreves for å kunne få eiendomsmeglerbrev eller for å være advokat som betaler bidrag til Advokatenes erstatningsfond. ... I enkeltmannsforetak vil det klarligvis være innehaveren som må tilfredstille kravene. I de øvrige foretaksformer stilles kravene til *den faglige leder*. Ofte – formodentlig oftest – vil dette bety at det er den daglige leder som har eiendomsmeglerbrev eller er advokat. Men etter utkastet er dette ikke nødvendig, idet man ikke har villet stenge for den løsning at den daglige leder (administrerende direktør) for eksempel er administrator uten spesialkompetanse mht. eiendomsmegling. Lovens krav vil der være tilfredstillet dersom den som er *faglig leder* for selve eiendomsmeglingen har meglerbrev eller er advokat.”⁶

Faglig leder har et faglig ansvar å ivareta etter eiendomsmeglingsloven og Forskriften. Daglig leder tillegges et ansvar etter aksjeloven. Spørsmålet er hvor den avgjørende myndigheten ligger, der både daglig leder og faglig leder har et ansvar i forhold til henholdsvis aksjeloven og eiendomsmeglingsloven. Et spørsmål vil være om faglig leder, på grunn av ansvaret for det eiendomsmeglingsfaglige ifølge Forskriften, i noen tilfeller kan ha vetorett på avgjørelser innenfor områder som i utgangspunktet hører inn under daglig leders ansvarsområder, som for eksempel ansettelse, markedsføring og økonomiske forhold.

I dag er fokus sterkt rettet mot økonomisk vinning. Større grad av bedriftsøkonomi er inne i foretakets ledelse nå enn tidligere. Dette er sannsynligvis en av flere følger av at loven skilte funksjonene daglig ledelse og faglig ledelse. Daglig leder er ikke nødvendigvis like opptatt av de juridiske og etiske rammene som faglig leder. Fokus kan lett bli flyttet fra faglig forsvarlig ledelse og over til økt fokus på økonomisk vinning.

⁶ Jf NOU 1987: 14 side 58, spalte 2, på side 93 står forslaget til emgll. § 2-1 tredje ledd ”For foretak nevnt i første ledd nr. 2-4 skal den faglige leder av eiendomsmeglingsvirksomheten være eiendomsmegler eller advokat”.

I noen tilfeller kan daglig leder stille krav som hindrer faglig leder i å utøve forsvarlig eiendomsmegling som han eller hun er pålagt etter loven, som for eksempel urealistisk høye salgsmål. Et spørsmål vil være hvor langt daglig leder kan instruere faglig leder, før det går ut over faglig leders ansvar for det eiendomsmeulingsfaglige.

Problemstillingen rundt funksjonsdelingen og ansvarsforholdet mellom faglig leder og daglig leder er sannsynligvis mest aktuell for større foretak/filialnett. Dette skyldes at innehaveren av mindre foretak ofte selv er både faglig leder og daglig leder. For foretak med mange ansatte eller flere filialer, kan det være andre kvalifikasjoner som kreves for en daglig leder enn for en daglig leder av mindre foretak.⁷ I større virksomheter, for eksempel bankeide meglerforetak eller franchise-foretak, er det mer vanlig med delt funksjon enn i mindre foretak.⁸

Imidlertid kan problemstillingen også være aktuell for mindre foretak. Daglig leder kan for eksempel være eier av foretaket, men ikke være eiendomsmegler eller advokat som kreves for å være faglig leder, og dermed være avhengig av å ansette en faglig leder. For noen foretak kan det i perioder være nødvendig med en vikarierende faglig leder, for eksempel i påvente av at daglig leder skal ta den nødvendige eiendomsmeulereksamen for å kunne få eiendomsmeulerbrev eller at faglig leder skal ha permisjon av en viss varighet.

Situasjonen kan også være at eier og daglig leder av foretaket har den formelle kompetansen i orden, men ikke ønsker å ha det faglige ansvaret.

Ved slutten av 2004 var det registrert 578 eiendomsmeulingsforetak i Norge. I tillegg er det 41 boligbyggelag og 1178 advokater som har stillet sikkerhet for å drive

⁷ Etter den nye 3-årige studiemodellen på Høyskolen BI hvor en eiendomsmeulgerstudent først må ta et bedriftsøkonomisk studium første året, etterfulgt av to år med eiendomsmeulgerrelaterte fag, mener jeg at en utdannet eiendomsmeulger vil ha en god faglig bakgrunn for å kunne ivareta både daglig leder og faglig leder funksjonen for et eiendomsmeulingsforetak. For å være kompetent til å lede større foretak, eller foretak med filialer, kan det være nødvendig med annen kompetanse, enten i tillegg eller i stedet for eiendomsmeulgerutdanningen.

⁸ I for eksempel Terragruppen som består av ca 70 franchise-foretak, er funksjonen faglig ledelse og daglig ledelse for foretakene for en stor del delt. Alle foretakene har både faglig leder og daglig leder. Opplyst i samtale med ledelsen av franchisegruppen, høsten 2004. Terragruppens franchise-kjede og DnBNORs meulingsvirksomhet utgjorde ca en fjerdedel av det totale antall eiendomsmeulingsforetak i Norge i 2004.

eiendomsmegling. Det er ca 450 eiendomsmeglingsforetak som har faglig leder som er medlem av Norges Eiendomsmeglerforbund. I omtrent halvparten av disse har faglig leder kun det faglige ansvaret og ikke ansvaret for den daglige ledelse. Det vil si at for ca halvparten av alle eiendomsmeglingsforetak som er medlem av Norges Eiendomsmeglerforbund, kan problemstillingen rundt funksjonsfordelingen mellom daglig leder og faglig leder være aktuell.⁹

1.3 Avgrensning av oppgaven

Pr i dag er ingen eiendomsmeglingsforetak organisert som ansvarlig selskap. Det er 1-2 eiendomsmeglingsforetak, som driver med næringsmegling, som er registrert som allmennaksjeselskaper. Bare 2-3 foretak er registrert som enkeltpersonforetak og resten som aksjeselskap.¹⁰ Oppgaven avgrenses derfor til å gjelde eiendomsmeglingsforetak organisert som aksjeselskap.

I denne oppgaven drøftes forholdet mellom daglig leder og faglig leder. Forholdet til styret berøres kun der dette er nødvendig.

Drøftelsene under oppgavens problemstilling omhandler i all hovedsak forholdet mellom daglig leder og faglig leder innad i foretaket. Jeg drøfter i liten grad forholdet mellom faglig leder og daglig leder utad overfor de som bruker foretakets tjenester eller ansvaret ovenfor tilsynsmyndigheter og andre offentlige myndigheter. Jeg drøfter heller ikke hvem som har det økonomiske ansvaret dersom det rettes krav om erstatning mot foretaket.

1.4 Oversikt over den videre fremstilling

Under punkt 2 redegjør jeg for rettskildesituasjonen, før jeg under punkt 3 ser kort på om det finnes en tilsvarende problemstilling i svensk eller dansk rett.

Under punkt 4 gis en oversikt over historikken rundt kravet til faglig ledelse av eiendomsmeglingsforetak.

⁹ Jf artikkel i Eiendomsmegleren nr 9/2004.

¹⁰ Opplysninger gitt av Kredittilsynet, oktober 2004.

I punkt 5 redegjør jeg for de rettslige utgangspunktene for faglig leder og daglig leder.

Typetilfeller under problemstillingen, så som ansvar for ansettelse, markedsføring og internkontroll, drøftes under punkt 6.2, punkt 6.3 og punkt 6.5. Hvorvidt daglig leder også er bundet av normen god meglerskikk, drøftes under punkt 6.1.

Et annet mulig spenningsområde mellom faglig leder og daglig leder er økonomiske forhold, som drøftes under punkt 6.4.

Ved utvelgelsen av hvilke typetilfeller som drøftes i oppgaven, har hensikten vært å drøfte spørsmål av generelle karakter som sannsynligvis er felles for de fleste eiendomsmeglingsforetak hvor funksjonene for faglig ledelse og daglig ledelse er delt.

Avslutningsvis følger noen de lege ferenda betraktninger.

2 Rettskilder

2.1 Lover, forskrifter, forarbeider og rettspraksis

Faglig leders ansvarsområde reguleres gjennom eiendomsmeglingsloven og Forskriften. Lov om eiendomsmegling inneholder ikke bestemmelser om funksjonen som daglig leder, og kravet til daglig leder må derfor utledes av den enkelte selskapslov etter hvorledes foretaket er organisert. I denne oppgaven anvendes aksjeloven fordi de fleste eiendomsmeglingsforetak er organisert som aksjeselskap, jf punkt 1.3 foran.

Forskriften omhandler blant annet det ansvar og de plikter som påligger faglig leder i et eiendomsmeglingsforetak.¹¹ Noen bestemmelser i Forskriften gjøres først gjeldende fra 1. juni 2005.¹² Jeg har anvendt disse bestemmelsene i drøftelsene som gjeldende rett.

Utgangspunktet for tolkingsprosessen av lov og forskrift er en naturlig forståelse av ordlyden. Den gir i seg selv ikke svar på alle tolkingsspørsmål som reiser seg, og andre rettskildefaktorer må derfor anvendes for å komme fram til riktig resultat.

Jeg har ikke funnet norsk rettspraksis fra Høyesterett som berører forholdet mellom faglig leder og daglig leder i eiendomsmeglingsforetak. Når rettspraksis ikke finnes, vil forarbeidene og øvrige rettskilder ha en stor betydning for hvordan de aktuelle bestemmelsene er å forstå. Forarbeider til formelle lover i Norge er vanligvis ganske utførlige, og dette gjelder også forarbeidene til eiendomsmeglingsloven. Forarbeidene kan for det første gi nyttige opplysninger om de reelle forholdene som lovgiveren har regnet med og tatt sikte på å regulere. For det andre kan forarbeidene gi opplysninger om hva som er meningen med de enkelte paragrafer, og hvilke formål lovgiveren har søkt å oppnå.¹³

¹¹ Finansdepartementet har i flere forskrifter delegert sin myndighet til å gi forskrifter til Kredittilsynet, forskrift 01.02.1990 nr 4304, 17.03.1998 nr 1566, 07.01.2002 nr 1081 og 09.04.2003 nr 1903. Etter gjeldende rett følger Kredittilsynets fullmakt til å gi nærmere regler om den faglige leders plikter og ansvar av emgll. § 2-1 sjette ledd.

¹² Jf Forskriften §§ 5-2 og 5-3.

¹³ Jf Fleischer, Rettskilder og juridisk metode, side 108.

De sentrale forarbeidene til eiendomsmeglingsloven er Norges Offentlige Utredninger 1987: 14, Odelstingsproposisjon nr 59 (1988-1989) og Innstilling til Odelstinget nr 92 (1988-1989). Odelstingsproposisjon nr 96 (2001-2002) og Innstilling til Odelstinget nr 10 (2002-2003) omhandler blant annet lovendringen i emgll. § 2-1 sjette ledd, hvor Kredittilsynet ble gitt fullmakt til å gi nærmere regler i forskrift, om faglig leders plikter og ansvar.

2.2 Andre myndigheters praksis

2.2.1 Rundskriv fra Kredittilsynet

Kredittilsynet er den instans som er satt til å overvåke eiendomsmeglingsforetak. Etter emgll. § 2-7 første ledd gis Kredittilsynet direkte fullmakt til å føre kontroll og tilsyn med eiendomsmegling etter Kredittilsynsloven. De fører tilsyn med at eiendomsmeglingen utøves i samsvar med kravene som følger av lov og forskrift, blant annet at virksomheten er i samsvar med kravet om god meglerskikk.¹⁴ Kontrollen med eiendomsmeglere skjer ved stedlig og dokumentbasert tilsyn.¹⁵ Det er uttalt fra Kredittilsynet at de forholder seg til daglig leder angående foretakets økonomiske forhold og kravet til solvens, jf emgll. § 2-1 nr 4 siste punktum. For øvrig forholder de seg til foretakets faglige leder.¹⁶

Kredittilsynet er også tillagt forvaltnings- og utredningsoppgaver samt regelverksarbeid.¹⁷

Flere rundskriv utgis hvert år av Kredittilsynet, blant annet om forståelsen av eiendomsmeglingslovgivningen. I denne oppgaven anvendes rundskriv 14/2004, 16/2003 (ikke gjort gjeldende for eiendomsmeglingsforetak) og 34/2001. Kredittilsynet gir sine retningslinjer i rundskriv ut fra en tolking av gjeldende rett.

¹⁴ Et av formålene med tilsynet er at brukere av eiendomsmeglingstjenester skal følge seg trygge når de foretar eiendomshandel gjennom eiendomsmeglingsforetak.

¹⁵ Jf www.kredittilsynet.no og årsmelding 2004, side 58 flg.

¹⁶ Kredittilsynet har opplyst dette i telefonsamtale, høsten 2004, jf Bech/Hasfjord, Eiendomsmeglingsloven, side 46.

¹⁷ Jf www.kredittilsynet.no.

Et rundskriv er i utgangspunktet ikke en rettskildefaktor som skal tillegges samme vekt som lov, forskrift og forarbeider. Rundskriv fra Kredittilsynet står imidlertid i en særstilling. Dette på bakgrunn av Finansdepartementets direkte delegering til Kredittilsynet å kunne gi forskrifter til noen av bestemmelsene i eiendomsmeglingsloven, og fordi de samtidig har som en særskilt oppgave å håndheve eiendomsmeglingsloven.¹⁸ Ut fra ovennevnte vil rundskrivene være et moment som tillegges atskillig rettskildemessig vekt ved tolking av Forskriften. Faglig leder må innrette seg etter tolkingen Kredittilsynet gir i sine rundskriv, i sin utøvelse av faglige ledelse for eiendomsmeglingsforetak.

2.2.2 Retningslinjer fra Forbrukerombudet

Forbrukerombudet har kommet med rundskriv og retningslinjer ovenfor eiendomsmeglerbransjen om markedsføring av boliger og eiendomsmeglertjenester.¹⁹ Hvorvidt betegnelsen er rundskriv eller retningslinjer, har ingen betydning for tolkingen. Forbrukerombudet anvender nå ordet retningslinjer.²⁰ Dette vil også være betegnelsen som anvendes videre i oppgaven.

Retningslinjene er en orientering om de krav som stilles etter markedsføringsloven. Juridisk sett dreier det seg om en slags beskjed om hvordan Forbrukerombudet vurderer visse typer av markedsføringstiltak. Retningslinjene er i seg selv ikke av juridisk bindende karakter. Man må likevel regne med at de stort sett reflekterer markedsføringslovens innhold.²¹ Forbrukerombudet har ikke tatt stilling til om det i alle tilfelle vil være i strid med loven å ikke følge retningslinjene.²² Formålet med

¹⁸ Jf emgll. §§ 2-1 femte og sjette ledd og 2-12. Erik Boe har i flere arbeider argumentert for at en lovs "etterarbeider" kan få juridisk betydning på to måter: "Dels som rettskildefaktor og dels som "rettslig signal" for forvaltningens skjønnsutøvelse. ... I en særstilling står de spesielle tilfellene hvor Stortinget ikke bare har gitt loven, men også har som særskilt *oppgave å håndheve den*", jf Eckhoff, Rettskildelære, side 95.

¹⁹ Forbrukerombudets rundskriv av juli 1994 om markedsføring av boliger. På bakgrunn av nye/endrede problemstillinger i markedet er denne moden for revisjon, jf www.forbrukerombudet.no/publikasjoner/virksomhetsplan. Forbrukerombudets retningslinjer av november 2000 om markedsføring av eiendomsmeglertjenester. (Disse retningslinjene er også modne for revisjon, blant annet på bakgrunn av de nye reglene i markedsføringsloven om prisopplysninger, jf § 3a med forskrifter, jf forbrukerombudets hjemmeside.)

²⁰ Jf telefonsamtale med Forbrukerombudet, mars 2005.

²¹ Markedsføringslovens hovedformål er forbrukerbeskyttelse, jf Gundersen [m. fl.], Lov og rett for næringslivet, side 19 og 20.

²² Jf innledningen til Forbrukerombudets rundskriv av juli 1994 om markedsføring av boliger.

retningslinjene er å gi en generell informasjon om Forbrukerombudets og Markedsrådets intensjoner og praksis. Forbrukerombudet forholdet seg til foretaket som sådan, og skiller ikke på funksjonene daglig leder og faglig leder.²³

Retningslinjer fra Forbrukerombudet om markedsføring av boliger og eiendomsmegler tjenester kan ikke tillegges avgjørende vekt i en drøftelse, men de vil være et av flere tolkingsmomenter. At retningslinjene kan tillegges en viss vekt, er med bakgrunn i at lovgiver har bestemt at Forbrukerombudet skal ha en tilsynsfunksjon og at Markedsrådet og Forbrukerombudet skal medvirke ved gjennomføringen av bestemmelsene i markedsføringsloven.²⁴

2.3 Juridisk teori

Grenseoppgangen mellom faglig leders ansvarsområde og daglig leders/styrets ansvarsområde, er ofte kun nevnt som en problemstilling i litteraturen, uten at det er drøftet eller argumentert for konkrete løsninger. I ”Eiendomsmegling i praksis del 2” er problemstillingen mellom daglig leder og faglig leder pekt på, uten at den er drøftet særlig inngående.²⁵ Det samme gjelder i kommentarutgaven til eiendomsmeglingsloven.²⁶ Faglig leders ansvar er noe diskutert i høringsnotater fra blant annet Kredittilsynet og Norges Eiendomsmeglerforbund, i forbindelse med forslaget til ny bestemmelse i emgll. § 2-1 sjette ledd.²⁷

Ved tolkingen av daglig leders ansvarsområde og de aktuelle bestemmelser i aksjeloven, anvendes kommentarutgaven til aksjeloven.²⁸

²³ Jf telefonsamtale med Forbrukerombudet, mars 2005.

²⁴ Jf mfl. §§ 10 og 13. En vesentlig forskjell mellom Forbrukerombudet og Kredittilsynet, er at Forbrukerombudet ikke har hjemmel i lov til å kunne gi forskrifter.

²⁵ Jf Bråthen/Røse Solli, Eiendomsmegling i praksis del 2, side 25-27.

²⁶ Jf Bech/Hasfjord, Eiendomsmeglingsloven, side 45-47.

²⁷ Jf brev fra Kredittilsynet til Finansdepartementet 22.03.2001, Høringssvar fra NEF til Finansdepartementet 14.01.2002.

²⁸ Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave.

2.4 Reelle hensyn

Hva som inngår i reelle hensyn er drøftet i juridisk litteratur. Eckhoff mener at reelle hensyn er en vurdering av hva som samlet sett vil være det beste resultatet, med vekt på hva som er rettferdig, rimelig, formålstjenlig eller lignende.²⁹ Fleischer uttaler at reelle hensyn i vid forstand omfatter både de hensyn som lovgiveren selv har tatt sikte på å ivareta (lovens formål), og andre relevante hensyn.³⁰ Lilleholt har uttalt at et viktig moment i vektvurderingen av reelle hensyn, vil være hvor langt unna lovtekstens kjerne tolkingen av de reelle hensyn ligger og hvor gjennomgripende hensynene er.³¹ I forbindelse med forholdet mellom faglig leder og daglig leder, vil reelle hensyn for eksempel være relevant i drøftingen av driftsmessige forhold i et eiendomsmeglingsforetak.

2.5 Øvrige kilder

2.5.1 God meglerskikk

En ”god skikk-norm” stiller alminnelige krav til forsvarlig og hederlig opptreden innen vedkommende yrke.³²

God meglerskikk er en type rettslig standard, en norm for meglers adferd, som er inntatt i lovteksten og som i meningsinnhold vil forandre seg over tid.³³ Kravet om god meglerskikk følger blant annet direkte av emgll. § 3-1, som omhandler meglerens omsorgsplikt. God meglerskikk griper inn i alle sider av en eiendomshandel og er en viktig norm for utøvelsen av eiendomsmegleryrket.

Mange bransjer har slike god skikk standarder som anvendes både av bransjene selv, i domstolspraksis og av forvaltningen. Formuleringen ”god meglerskikk” er valgt i samsvar med lignende rettslige standarder i andre lover, som blant annet

²⁹ Jf Eckhoff, Rettskildelære, side 24.

³⁰ Jf Fleischer, Rettskilder og juridisk metode, side 71.

³¹ Jf Lilleholt [m.fl.], Skriftserie nr 40 om reelle hensyn, side 21.

³² Jf Eckhoff, Rettskildelære, side 261.

³³ Jf emgll. § 3-1 og Bech/Hasfjord, Eiendomsmeglingsloven, side 63.

regnskapslovens krav til god regnskapsskikk og inkassolovens krav til god inkassoskikk.³⁴

Høyesterett har blant annet uttalt følgende om normen: ”Det gjelder i utgangspunktet et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere. Likevel er det et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomt. Når det spesielt gjelder kravene til eiendomsmeglere, gir lovgivningen en viss, men begrenset, veiledning for hva som skal rammes av den ulovfestede uaktsomhetsregelen. ... [Det] interessante for vår sak [er] særlig en generell standard ... ”god meglerskikk” ... Generelle uttalelser som kan presisere innholdet i standarden, finnes særlig i utredningen som lå til grunn for den nye loven – NOU 1987: 14 Eiendomsmegling.”³⁵

Lovkomiteen har blant annet uttalt følgende om normen god meglerskikk: ”Innholdet av et begrep som god meglerskikk, vil kunne variere over tid, avhengig av vanlig praksis i meglerbransjen. Det er denne praksis som i første rekke vil være avgjørende for publikums forventninger til meglerens ytelse. Endringer i praksis – og dermed av hva som regnes som god meglerskikk – kan følge av tekniske nyvinninger, andre behov hos publikum, nye økonomiske forhold osv. I noen grad vil myndighetene ved sin praktisering av autorisasjonsbestemmelsene, særlig da bestemmelsene om bortfall/tilbakekall av bevilling, kunne avgjøre hva som skal godtas som god meglerskikk. ... De viktigste bidrag til fastleggelsen av hva som er god meglerskikk, vil måtte komme fra bransjeutøverne selv. Eiendomsmeglernes og advokatenes organisasjoner vil i egen interesse arbeide for at medlemmenes virksomhet holder en standard som går trygt klar av myndighetenes reaksjonsgrenser.”³⁶

God meglerskikk får sitt nærmere innhold først og fremst gjennom praksis i bransjen og gjennom uttalelser fra Kredittilsynet og Reklamasjonsnemda for eiendomsmeglingstjenester (tidligere Klagenemda for eiendomsmeglingstjenester). Et vesentlig innhold av god meglerskikk er blant annet fastlagt gjennom NEFs etiske regler. God meglerskikk er å utføre megleroppdrag i overensstemmelse med den

³⁴ Jf regnskl. § 4-6 og inkl. § 8 og Bech/Hasfjord, Eiendomsmeglingsloven, side 64.

³⁵ Rt. 1995 side 1350, side 1356.

³⁶ Jf NOU 1987: 14 side 44, spalte 1.

oppfatning av etiske og faglige prinsipper som til enhver tid er alminnelig anerkjente og praktisert av dyktige og ansvarsbevisste utøvere av yrket.³⁷

2.5.2 Etiske regler

Norges Eiendomsmeglerforbund (NEF) har etiske regler som er utarbeidet av medlemmene og gjelder som bindende regler for medlemmene.³⁸ Medlemmene av NEF skal i sin virksomhet opptre ”korrekt, hederlig og i samsvar med god meglerskikk ...”, jf NEFs etiske regler § 1.

De etiske reglene kan ikke tillegges særlig rettskildemessig vekt, men de kan benyttes som et argument i en drøftelse.³⁹ De er ikke av stor betydning som en rettskilde for forvaltningen (Kredittilsynet), men har sannsynligvis en oppdragende virkning på eiendomsmeglerne, gjennom at bransjeaktørene vet at de blir overvåket og at det finnes sanksjoner i bunnen. Kanskje domstolen i noen tilfeller kan ta hensyn til de etiske reglene, men de vil ikke være av avgjørende karakter. Lovutvalget så det slik at organisasjonenes etiske regler vil kunne være et supplement til lovgivning, rettspraksis og annen myndighetspraksis med tanke på den nærmere konkretisering av hva som følger av ”god meglerskikk”.⁴⁰

³⁷ Jf [www.http://nef.no/admin/filearchive](http://nef.no/admin/filearchive), hvor dette er uttalt.

³⁸ NEFs etiske regler finnes på www.nef.no.

³⁹ Den Norske Advokatforening har også utarbeidet etiske regler som gjelder for medlemmene, reglene for god advokatskikk. Advokatforeningens etiske regler er av mer generell karakter enn NEFs etiske regler, som gjelder spesifikt for eiendomsmegling.

⁴⁰ Jf NOU 1989: 14 side 44, spalte 2.

3 Svensk og dansk rett

I NOU 1987: 14 om eiendomsmegling er det redegjort kort for hovedpunktene i de nordiske lands regler om eiendomsmegling.⁴¹ På bakgrunn av at aksjelovgivningen i Norge, Sverige og Danmark er svært lik, har jeg valgt å se om det også er likheter i organiseringen av eiendomsmeglingsforetak og dets ledelse og hvorvidt de har en tilsvarende problemstilling som denne oppgaven reiser.

I Sverige har hver enkelt eiendomsmegler sin personlige bevilling og hver eiendomsmegler er faglig ansvarlig for seg selv.⁴² Foretakene er registrerte, men har ikke selv bevilling. En megler kan ikke ansette noen som utøver megling på lik linje som seg selv, men de kan ha hjelpere.⁴³ En problemstilling rundt forholdet mellom daglig leder og faglig leder er ikke aktuell etter gjeldende svensk rett.

Lov om omsætning af fast ejendom, kapittel 3, inneholder regler for adgangen til å drive erverv som eiendomsformidler.⁴⁴ I lov om omsætning af fast ejendom § 8 stk. 1 finnes en uttømmende oppregning av hvem som kan drive erverv som eiendomsformidler.⁴⁵

Det er:

- ejendomsmæglere, der er optaget i ejendomsmæglerregisteret, jf § 25
- bestillingshavende advokater samt
- visse finansielle institutioner: Pengeinstitutter, realkreditinstitutter og forsikringsselskaber.

⁴¹ Jf NOU 1987: 14 side 15-17.

⁴² Lag om fastighetsmäklare § 5.

⁴³ Eiendomsmeglere i Sverige må ha en mye tettere oppfølging av sine oppdrag og gjøre mer av megleroppdraget selv. Det betyr i praksis at hele megleroppdrag ikke kan overlates til en meglerassistent. Dette er ikke regulert i lag om fastighetsmäklare, men følger av god fastighetsmäklarsed. Opplysninger gitt av forbundsjurist Marie Louis Sigemalm, i det svenske Mäklarsamfundet, april 2004.

⁴⁴ Lov nr. 453 af 30. juni 1993 om omsætning af fast ejendom har regulert eiendomsformidlernes rettslige stilling siden 1. januar 1994, da loven trådte i kraft. Flere lovendringer er gjort etter ikrafttredelse og siste oppdatering av gjeldende lov er ”Bekendtgørelse af lov om omsætning af fast ejendom 2. juli 2003”.

⁴⁵ Noen unntak finnes jf § 8 stk. 6. Edlund, Omsætning af fast ejendom, side 56.

Videre bestemmer lov om omsætning af fast ejendom § 8 stk. 5:

”Ejendomsformidlingsvirksomhed kan drives fra et eller flere forretningssteder. Hvert forretningssteds formidlingsvirksomhed skal være ledet af en ejendomsmægler eller en advokat. Har en ejendomsformidlingsvirksomhed flere forretningssteder, skal hvert forretningssted være ledet af en ejendomsmægler eller en advokat, som skal have denne opgave som hovedbeskæftigelse, og som ikke samtidig må lede et andet forretningssted.”⁴⁶

Lov om omsætning af fast ejendom stiller krav til at eiendomsmeglingsforetaket ledes av en eiendomsmægler eller advokat. Han eller hun skal være den ansvarlige leder for foretaket. Dersom det er ansatt en daglig leder, vil denne være underlagt ansvarlig leder.⁴⁷

Ut fra kravet om at ansvarlig leder for hvert eiendomsmeglingsforetak skal være eiendomsmægler eller advokat, er heller ikke problemstillingen aktuell i dansk rett.⁴⁸

⁴⁶ Denne bestemmelsen, § 8 stk 5, var ikke med i det opprinnelige lovforlaget, men ble satt inn av Industriministeriet i forbindelse med lovforslagets fremsettelse i Folketinget, jf Edlund, Omsætning af fast ejendom, side 61. Forskjellen fra 1. og 2. punktum, til 3. punktum, er at der hvor en eiendomsformidlingsvirksomhet har flere forretningssteder, skal hvert sted ledes av en eiendomsmægler som har oppgaven som sin hovedbeskjeftigelse. Der en eiendomsmægler kun leder en forretning, og eiendomsformidlingsvirksomheten ikke har flere forretningssteder, er det ikke krav til at eiendomsmegling skal være eiendomsformidlerens hovedbeskjeftigelse.

⁴⁷ Opplyst i samtale med Hans Henrik Edlund, lektor ved Handelshøjskolen i Århus.

⁴⁸ Love og Anordninger, hæfte 8, 2003. Tillæg A til Folketingstidende, folketingsåret 1992-93, Spalte 6433-8032. Stolt, Lov om omsætning af fast ejendom med kommentarer. Edlund, Omsætning af fast ejendom.

4 Utviklingen fra 1931 til 2005

Den første lov om eiendomsmeglere kom i 1931.⁴⁹ Allerede den gang ble det innført som hovedregel at eiendomsmegling bare kunne drives av personer som fikk bevilling av vedkommende regjeringsdepartement.⁵⁰ Praktiserende advokater, sakførere og lensmenn kunne også drive eiendomsmegling, jf emgll. 1931 § 2.

Emgll. 1931 ble raskt utsatt for kritikk, især fra eiendomsmeglernes krets. Norges Eiendomsmeglerforbund anmodet således gjentatte ganger om at loven måtte bli revidert. Anmodningene førte fram og av praktiske grunner ble det i formen gitt en helt ny lov i 1938.⁵¹

Kravet om personlig bevilling ble videreført i denne loven, dvs at bevilling bare kunne innehas av enkeltpersoner.⁵² For tildeling av bevilling var det krav til avleggelse av en offentlig eksamen og to års praksis, samt at det måtte stilles sikkerhet for økonomisk ansvar som megleren pådro seg under virksomheten.⁵³ At bevilling til å drive eiendomsmegling bare ble gitt til fysiske personer, hindret ikke at virksomhet ble drevet i foretaks form eller for en annen persons regning, så lenge virksomheten ble ledet av en person med bevilling.

Oppgavens problemstilling var ikke aktuell under eiendomsmeglingslovene av 1931 og 1938 fordi personen med bevilling også måtte være faktisk leder av foretaket.⁵⁴

I 1984 ble det nedsatt et utvalg som skulle foreslå endringer eller komme med forslag til ny lov om eiendomsmegling. Lovutvalget uttalte: "Dagens regler er i stor grad basert på

⁴⁹ I 1931 ble det fremsatt en proposisjon om en lov om eiendomsmeglere, Ot.prp. nr 15, som resulterte i emgll. 1931.

⁵⁰ Jf emgll. 1931 § 3.

⁵¹ Jf Brækhus, Meglerens rettslige stilling, side 44.

⁵² Jf emgll. 1938 § 2.

⁵³ Jf emgll. 1938 §§ 4 og 7.

⁵⁴ En problemstilling som kunne være aktuell under denne loven var at den statsautoriserte eiendomsmegleren, som også var daglig leder, og eieren av foretaket kunne være uenige om foretakets profil og drift.

at eiendomsmeglingen drives av enkeltmannsforetak. Utviklingen har imidlertid gått i retning av at virksomheten drives i aksjeselskaps form, og at andre næringsinteresser, for eksempel banker, har kommet inn på eiersiden. Dette har reist prinsipielle spørsmål om meglerens frie og uavhengige stilling.⁵⁵

Det var først etter at lov om eiendomsmegling 16. juni 1989 trådte i kraft, at spørsmål rundt forholdet mellom faglig leder og daglig leder ble aktuelt. Med denne loven ble det innført bevilling til å drive eiendomsmegling for foretak i tillegg til bevilling til person som har eiendomsmeglerbrev.⁵⁶

Et av formålene med lovforslaget om å dele rollene var formentlig å styrke den administrative delen i eiendomsmeglingsforetakene. Utdannelsen til en statsautorisert eiendomsmegler inneholdt den gang fag som orienterte seg i all hovedsak mot den eiendomsmeglingsfaglige siden av driften, så som markedsføring, innføring i aktuelle lover, utferdigelse av balansert kjøpekontrakt, føring av drifts- og klientregnskap samt behandling av klientmidler. Da lovutvalget foreslo at det ville være mer naturlig at det var foretaket som skulle ha bevillingen, var oppfatningen muligens at en statsautorisert eiendomsmegler ikke nødvendigvis var den beste til å ivareta daglig leder ansvaret. Et annet formål antar jeg var at lovutvalget ikke så det som hensiktsmessig at bevilling til å drive eiendomsmegling for et foretaks regning skulle være avhengig av en bestemt enkeltpersons bevilling. Et tredje formål med å dele rollene formoder jeg var ønsket om å ha en ansvarlig leder som kunne konsentrere seg om alt det fagrelaterte, blant annet med det formål å kunne redusere antall feil til et minimum.

NEF hadde innvendinger mot forslaget om at bevilling skulle gis til foretak og uttalte følgende under høringen: ”Dersom utkastet skal gjennomføres, vil bevillingshaverens sentrale plass i meglerforetaket kunne bli betydelig redusert. Selv om virksomheten som blir meddelt bevilling er underkastet de samme regler som enkeltpersoner, vil utøvelse av bevillingshaverens kontroll med virksomheten være langt vanskeligere. ... Dersom eiendomsmeglerens/advokatens rolle i foretaket blir redusert, vil dette kunne skape konflikt mellom foretaket/administrative leder på den ene siden og eiendomsmegleren

⁵⁵ Jf NOU 1987: 14 side 7, spalte 1, andre avsnitt.

⁵⁶ Eiendomsmeglingsloven trådte i kraft 1. april 1990.

på den andre siden. Ensidige krav om lønnsomhet kan føre til at omsorgen for de berørte parter i en eiendomshandel blir svekket.”⁵⁷

Departementet var av en annen oppfatning og uttalte ”at en bevillingsordning for foretak i virkeligheten ikke endrer meglerens rettslige stilling. For det første pålegger loven megleren plikter direkte. Dette gjelder blant annet kravet til god meglerskikk og kravet til at megler ikke kan delta i annen næringsvirksomhet. Videre vil megleren være den personen som i første rekke er ansvarlig for at foretaket oppfyller de plikter som foretaket er pålagt gjennom lov og forskrifter. Dette vil følge av at en megler er den faglige leder for virksomheten. ... Det synes imidlertid rimelig – slik utvalget fremhever - at det er foretakets samlede organisasjon mv som skal vurderes når det fra et foretak er søkt om bevilling. Departementet går derfor inn for at eiendomsmeglerbevilling gis til foretaket, slik utvalget har foreslått”.⁵⁸

Lovkomiteen uttrykte enighet med utvalget og departementet. I tillegg uttalte den: ”Komiteen vil imidlertid understreke forutsetningen for denne ordningen som innebærer at en person med eiendomsmeglerbrev eller advokat har det faglige ansvar for eiendomsmeglingen.”⁵⁹

Eiendomsmeglingsloven viste seg etter relativt kort tid etter ikrafttreddelsen ikke å være tilstrekkelig egnet til å løse alle de spørsmålene som oppstod i forbindelse med den dynamiske utviklingen som har foregått i bransjen fra begynnelsen av 1990-tallet.⁶⁰ Dette gjelder blant annet sterke strukturelle endringer, stadig utvikling av nye meglingskonsepter, publikums økte forventninger og økt krav til meglerproduktet.⁶¹

Organiseringen av eiendomsmeglingsforetak endret seg fra enkeltpersonforetak og

⁵⁷ Jf Ot. prp. nr 59 side 9, punkt 3.3.1.

⁵⁸ Jf Ot. prp. nr 59 side 9, punkt 3.3.1.

⁵⁹ Jf Innst.O. nr 92 side 5, spalte 2, punkt 4.3.1.

⁶⁰ Blant annet ble faglig leders rolle redusert, etter at det i 1989 ble lovfestet at foretak kunne få bevilling, og dermed åpnet for å skille funksjonene daglig leder og faglig leder. Som nevnt påpekte NEF dette under høringen som en mulig konflikt mellom foretaket/administrative leder og eiendomsmegleren, og typetilfeller av problemstillinger rundt dette forholdet drøftes under punkt 6.

⁶¹ Jf Kredittilsynets årsmelding 2004. Finansdepartementet oppnevnte i 2004 et lovutvalg for revisjon av eiendomsmeglingsloven. Siktet målet for lovutvalget er å utarbeide forslag til regler som kan legge til rette for ryddighet, orden og oversiktighet i bransjen, og hvor forbrukernes interesser blir ivaretatt på en god måte.

aksjeselskap, hvor den statsautoriserte eiendomsmegleren også var eier, til flere konstellasjoner, for eksempel morselskap med flere datterselskaper. Kjededannelse med sentralisering av funksjoner har vært en framherskende tendens, og kjedenes andel av det totale antallet formidlinger har nå nådd to tredjedeler.⁶² Bankene er dominerende i kjedesammenheng. Når det gjelder bankeide foretak, er synergieffekten overfor bankens øvrige tjenester deres vesentlige interesse for å drive eiendomsmegling. Fortsatt er det en årlig nettotilvekst av nye eiendomsmeglingsforetak, 37 i 2004. Tilveksten skyldes i stor grad at eksisterende foretak, særlig kjeder, utvider virksomheten sin med nye avdelingen.⁶³

Kredittilsynet redegjorde i brev av 22.03.01 til Finansdepartementet for at innholdet i den faglig ledelse praktiseres forskjellig, og at det vil være behov for en forskriftsbestemmelse som fastlegger minstekravet til innholdet av den faglige ledelse. Etter stedlige tilsyn erfarte Kredittilsynet at det i en rekke tilfeller var feil og mangler ved gjennomføringen av eiendomsmeglingsoppdrag. Etter Kredittilsynets oppfatning skyldtes dette for dårlig oppfølging av de ansatte og mangelfull kvalitetskontroll i foretaket.⁶⁴

Kredittilsynet så det som en fordel at bestemmelser om den faglige ledelse ble gitt i forskrift og ikke i loven, fordi det da vil være lettere å endre kravene som følge av endringer i bransjen, og at det kunne bli nødvendig med en detaljgrad som egner seg bedre i forskrift enn i lov.⁶⁵ Ved lovendring ble Kredittilsynet gitt myndighet til å fastsette nærmere regler om faglig leders plikter og ansvar, jf emgll. 2-1 sjette ledd.⁶⁶

⁶² Jf Kredittilsynets årsmelding for 2002.

⁶³ Jf Kredittilsynets årsmelding for 2004.

⁶⁴ Krav til oppfølging og kontroll er nå kodifisert i Forskriften kapittel 5.

⁶⁵ Jf Ot.prp. nr 96 side 7, punkt 4.2.

⁶⁶ Lovendring 13.12.2002 nr 76.

5 De rettslige utgangspunktene

5.1 Det rettslige utgangspunkt for faglig leders ansvar

Etter emgll. § 2-1 sjette ledd stilles det krav om at faglig leder av eiendomsmeglingsvirksomhet, jf paragrafens første ledd nr 2 og nr 3 samt andre ledd, skal være eiendomsmegler eller advokat.⁶⁷ Vilkårene for å få eiendomsmeglerbrev eller advokatbevilling er angitt i emgll. § 2-3 og dl. § 220.

Etter Forskriften § 5-1 første ledd har ”faglig leder ... avgjørende myndighet i alle spørsmål som gjelder den faglige utøvelsen av meglingsvirksomheten.” Lovgivers formål med vilkåret ”avgjørende myndighet” formoder jeg var at faglig leder skal ha suverenitet i eiendomsmeglingsfaglige spørsmål. Utgangspunktet etter dette må være at daglig leder må innrette virksomheten etter faglig leders avgjørelser når det gjelder eiendomsmeglingsfaglige spørsmål.

Det stilles ingen krav i lov eller forskrift om at faglig leder skal være en del av ledergruppen i et foretak. I møter hvor viktige beslutninger treffes og mål for foretakets virksomhet settes opp, vil han eller hun derfor ofte ikke være med. Uavhengig av om faglig leder er en del av ledergruppen, er ledergruppen nødt til å lytte til faglig leder angående det eiendomsmeglingsfaglige, jf emgll. § 2-1 sjette ledd og Forskriften § 5-1. Grenseoppgangen mellom faglig leders og daglig leders myndighet skal trekkes etter dette kriteriet. Problemstillingen blir å avgrense mot det innholdsmessige i ”den faglige utøvelse av meglingsvirksomhet” i Forskriften § 5-1 første ledd.

Etter en alminnelig språklig forståelse av ordet meglingsvirksomhet forstås dette som mellommannsvirksomhet. Dvs. at en person opptrer med det formål å lage en avtale mellom to andre parter, og at han eller hun selv ikke er del av avtalen.

Eiendomsmegleren fremstår som den typiske mellommann som karakteriseres slik av Brækhus: ”En megler er en person som påtar seg å medvirke til avslutningen av en avtale eller selv å slutte avtalen for fremmed regning, og som tilbyr sin tjeneste til begge

⁶⁷ Emgll. § 2-1 sjette ledd: ”For foretak nevnt i første ledd nr. 2 og 3 og annet ledd skal den faglige leder av eiendomsmeglingsvirksomheten være eiendomsmegler eller advokat”.

parter.”⁶⁸ Eiendomsmeglingsloven selv definerer eiendomsmegling som å opptre som mellommann, jf. emgll. § 1-1 første setning.

Som et utgangspunkt er det noen oppgaver som klart kommer inn under ”den faglige utøvelse av meglingsvirksomhet”, så som ansvaret for det øvrige meglers gjennomføring av salgsarbeid i forbindelse med et oppdrag, herunder utferdigelse av annonse, salgsprospekt, kjøpekontrakt, oppgjør og tinglysing.

Faglig leder er også ansvarlig for at virksomheten drives i samsvar med de krav som stilles i lov og forskrift, jf Forskriften § 5-1 første ledd if. Faglig leder er ansvarlig for kvaliteten på meglingstjenesten som blir utført og at medarbeiderne har den nødvendige kompetanse til å utføre dette arbeidet, jf Forskriften § 5-1 andre ledd, første punktum.

Etter Forskriften § 5-1 andre og tredje ledd tillegges faglig leder ansvaret for at øvrige ansatte har den nødvendige kompetanse til å løse de oppgaver de får tildelt samt et kontrollkrav i forhold til de øvrige ansatte på utøvelsen av megleroppdraget. Forskriften § 5-1 representerer således ikke noe nytt i forhold til hvordan omfanget av faglig leders ansvar og plikter tidligere er tolket og praktisert fra Kredittilsynets side.⁶⁹

Kredittilsynet legger til grunn av faglig leder skal ha overoppsyn med meglingen som foregår i foretaket, og ha ansvar for kvalitetssikring.⁷⁰ I dette ligger et krav om at faglig leder er ansvarlig for, og skal påse, og, at den faglige utøvelsen er forsvarlig.

Forskriften § 5-3 gir faglig leder ansvar for internkontroll for den eiendomsmeglingsfaglige utøvelsen av virksomheten.

Da forskriftsbestemmelsene kom, som følge av et ønske om en klargjøring og presisering av faglig leders plikter og ansvar, gav Kredittilsynet ut rundskriv 14/2004. Kredittilsynets formål med rundskrivet var å gi de som driver eiendomsmegling en

⁶⁸ Jf Brækhus, Meglerens rettslige stilling, side 17, jf NOU 1987: 14 side 46, spalte 1.

⁶⁹ Jf rundskriv 14/2004 side 2, punkt 2.

⁷⁰ Jf brev fra Kredittilsynet til Finansdepartementet 22.03.2001.

oversikt over forskriftsendringene, samt for enkelte av bestemmelsens vedkommende, å opplyse om den forvaltningspraksis som vil bli fulgt.⁷¹

Forskriften § 3-5 legger faglig leder ansvar for klientkonto og transaksjoner med klientmidler.

De ovenfor nevnte bestemmelsene vil bli anvendt i drøftelsene under punkt 6.

Sanksjonsmulighetene fra Kredittilsynet overfor eiendomsmeglingsforetak som ikke holder seg innenfor lov og forskrift, er å kalle tilbake foretakets bevilling til å drive eiendomsmegling, jf emgll. § 2-8. Dersom faglig leder ikke overholder de krav som stilles etter lov og forskrift, kan han eller hun risikere å miste sitt eiendomsmeglerbrev, jf emgll. § 2-9.

Utover driften av det eiendomsmeglingsfaglige må faglig leder underordne seg daglig leder.

5.2 Det rettslige utgangspunkt for daglig leders ansvar

Aksjelovens regler om oppgavefordelingen mellom selskapsorganene bygger på et skille mellom selskapets interne beslutningsmyndighet og myndigheten til å representere selskapet utad. Den interne beslutningsmyndigheten er i aksjeloven spredt på de ulike selskapsorganene.⁷²

De sentrale bestemmelsene om den interne beslutningsmyndigheten for daglig leder er fastsatt i asl. §§ 6-14 og 6-15. Daglig leder skal forestå den daglige ledelse av selskapets virksomhet, jf asl. § 6-14 første ledd. Daglig leder har en overordnet stilling i forhold til de øvrige ansatte, og et viktig mål er å arbeide for at alle yter sitt beste slik at driften gir en god avkastning til aksjonærene.

⁷¹ Jf rundskriv 14/2004 side 1.

⁷² Jf Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 439, punkt 3.1. Selskapsorganene er daglig leder, styret, generalforsamling og bedriftsforsamling.

Aksjeselskap skal alltid ha en styreleder, uansett selskapets størrelse, jf asl. § 6-1 første ledd. I foretak hvor daglig leder ikke er ansatt, vil styret ha det daglige ansvaret. Lovens utgangspunkt er at et aksjeselskap skal ha en daglig leder, jf asl. § 6-2 første ledd, første punktum. Dette utgangspunktet kan imidlertid i selskaper med aksjekapital på mindre enn tre millioner kroner fravikes ved styrebeslutning om at selskapet ikke skal ha daglig leder, jf asl. § 6-2 første ledd, andre punktum.

Som hovedregel ansettes daglig leder av styret, jf asl. § 6-2 andre ledd. Daglig leders myndighet er ikke eksklusiv, men overlappes av styrets overordnede myndighet til å forvalte selskapet.⁷³ Daglig leder er underlagt styrets instruksjonsmyndighet, både i konkrete saker og ved generelle instruksjoner, slik at daglig leder har plikt til å utøve den daglige ledelsen innenfor rammer og i samsvar med retningslinjer og pålegg styret har fastsatt, jf asl. § 6-14 første ledd, første punktum.⁷⁴ Styret er særlig pålagt å sørge for en forsvarlig organisering av selskapets virksomheten, jf asl. § 6-12 første ledd andre punktum.⁷⁵

Aarbakke [m. fl.] uttaler: ”Det ikke vil være i samsvar med lovens ordning om daglig leder fratas sin overordnede stilling i forhold til hele eller deler av selskapets administrasjon, f eks ved at personer som har oppgaver i tilknytning til den daglige driften av selskapets virksomhet ikke er underlagt daglig leder, men direkte underlagt styret. I løsningen av sine oppgaver som daglig leder vil denne kunne benytte personer som er ansatt i selskapet og utenforstående tjenesteytere som for så vidt kan gis beslutningsmyndighet på avgrensede områder ... På dette punkt har ikke aksjeloven nærmere regler, men det må følge av aksjelovens ordning at daglig leder ikke kan overlate det alminnelige ansvaret og myndigheten til å for[e]stå den daglige ledelsen til andre.”⁷⁶

I praksis har de fleste eiendomsmeglingsforetak som er organisert som aksjeselskap, også en daglig leder, selv om foretaket ikke kommer inn under beløpskravet i aksjeloven.⁷⁷ Med bakgrunn i dette må eiendomsmeglingsforetakets daglige leder

⁷³ Jf Aarbakke [m. fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 503, punkt 1.1.

⁷⁴ Jf Aarbakke [m. fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 504, punkt 1.2.

⁷⁵ Jf Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 489, punkt 1.2.

⁷⁶ Jf Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 504, punkt 1.3.

⁷⁷ Kilde: NEF.

forholde seg til aksjelovens bestemmelser om daglig ledelse og ansvaret som følger denne funksjonen, herunder forsvarlig organisering av selskapets virksomhet.

En daglig leders funksjon og ansvarsområde i et eiendomsmeglingsforetak vil som utgangspunkt være alt som naturlig hører inn under den daglige drift. Som eksempel kan nevnes personal- og arbeidsgiveransvar samt det økonomiske ansvaret overfor aksjonærer og styret, herunder underretning til styret, jf asl. § 6-15 første ledd.⁷⁸

⁷⁸ Daglig leder plikter å gi styret underretning om selskapets virksomhet, stilling og resultatutvikling minst hver tredje måned, jf asl. § 6-15 første ledd. Styret, eller dets enkelte medlem, kan også kreve nærmere redegjørelse om bestemte saker fra daglig leder utover kravet om orientering hver tredje måned, jf asl. § 6-15 andre ledd.

6 Utvalgte typetilfeller

6.1 God meglerskikk

6.1.1 Problemstillingen

Eiendomsmeglingslovens kapittel 3 innledes med regler om omsorgsplikt i § 3-1.⁷⁹

Denne bestemmelsen vil i sin helhet, men særlig hva gjelder kravet til god meglerskikk, være å betrakte som en generalklausul som trekker skjønnsmessige retningslinjer for meglers plikter ved utførelsen av megleroppdraget.⁸⁰ God meglerskikk er et dynamisk begrep, det vil si at innholdet kan endre seg over tid. For øvrig viser jeg til punkt 2.5.1 foran, som beskriver nærmere hva som ligger i kravet til god meglerskikk.

Kredittilsynet fører tilsyn med foretakene som driver eiendomsmegling, se punkt 2.2.1 foran. Sanksjonsmulighetene for Kredittilsynet overfor eiendomsmeglingsforetak som ikke holder seg innenfor lov og forskrift, er nevnt under punkt 5.1 foran.

For medlemmer av NEF har forbundet sanksjoner i form av eksklusjon og bøter dersom NEFs etiske regler blir brutt. De etiske reglene setter blant annet krav til at medlemmene skal følge god meglerskikk, jf NEFs etiske regler § 1. Sanksjonene følger av årsmøtevedtak og jeg går ikke nærmere inn på disse.

Som et eksempel på hva som er i strid med god meglerskikk (og etiske regler), kan nevnes lokkepriser på boliger. Det vil si at eiendomsmeglingsforetak markedsfører boliger med en pris som foretaket vet er lavere enn selger er villig til å akseptere.

Mange foretak reklamerer for sin faglige kvalitet på meglertjenester ved å skrive i sin egenreklame: ”Når du bruker oss, kan du være sikker på at overdragelsen skjer innenfor rammene av eiendomsmeglingsloven og i overensstemmelse med god meglerskikk.”⁸¹

⁷⁹ Jf emgll. § 3-1 første ledd: ”Megleren skal utføre oppdraget i samsvar med god meglerskikk ...”

⁸⁰ Jf Bech/Hasfjord: Eiendomsmeglingsloven, side 63.

⁸¹ Som for eksempel bn.eiendom.no og exact.no.

God meglerskikk bidrar til å sikre en viss minstestandard på tjenestene, som i all hovedsak er relatert til det eiendomsmeglingsfaglige.

Et spørsmål er om daglig leder er bundet av normen god meglerskikk. I tilfelle ja, blir neste spørsmål om det er faglig leder eller daglig leder som har det overordnede ansvaret for at foretaket følger normen.

6.1.2 Er daglig leder bundet av normen god meglerskikk?

Arbeidsoppgavene til daglig leder tangerer ikke i samme grad de områder hvor det etter lovens ordlyd kreves god meglerskikk, jf emgll. § 3-1 første ledd. Daglig leder skal være en administrativ leder for foretaket. Et av eiendomsmeglingslovens formål med å angi en rettslig standard som god meglerskikk, er formodentlig at alle ansatte i foretaket er bundet av normen, inkludert foretaket som sådan, herunder daglig leder.

Aarbakke [m.fl.] uttaler: ”Det er også ledelsesorganene som skal se til at selskapet driver sin virksomhet innenfor de rammer samfunnet setter for den type virksomhet som selskapet driver, så som den alminnelige rammelovgivningen som gjelder for den type virksomhet selskapet driver, vilkår for offentlige tillatelser og lovgivning som ivaretar mer allmenne samfunnsinteresser... ”⁸² Daglig leder skal følge de retningslinjer og pålegg styret har gitt, jf asl. § 6-14.

Departementet har uttalt følgende om kravet til god meglerskikk: ”Departementet mener at et generelt krav til god meglerskikk kan få selvstendig betydning i flere tilfelle, og være et viktig supplement til lovens mer detaljerte krav. På denne måte kan praksis og oppfatninger i og utenfor bransjen om hvordan virksomheten bør utøves utfylle lovens andre krav. ... Kravet refererer seg i hovedsak/det alt vesentlige til meglerens forhold til partene.”⁸³ Videre har de uttalt: ”I praksis innebærer dette at kravet om god meglerskikk vil gjelde for den samlede virksomhet foretaket driver.”⁸⁴

⁸² Jf Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 430, punkt 1.3.

Ledelsesorganene er styret, daglig leder, bedriftsforsamling og generalforsamling, jf. side 439, punkt 3.1.

⁸³ Jf Innst. O nr 92 side 11, første spalte.

⁸⁴ Jf Ot.prp. nr 59, side 40, første spalte.

Ovennevnte uttalelser i forarbeidene, begrunnelsen for at loven angir normen for god meglerskikk og aksjelovens krav om å holde seg innenfor den alminnelige rammelovgivningen, er momenter som taler for at daglig leder av et foretak som har bevilling, er bundet av normen.

Et annet moment, som også taler for at daglig leder er bundet av normen, er hensynet til enhetlig etisk oppførsel overfor markedet både fra daglig leder og faglig leder i foretaket. For brukerne av eiendomsmeglingsforetakets tjenester, kan det være vanskelig å forholde seg til at ikke både daglig leder og faglig leder er bundet av normen. Publikum må kunne innrette seg etter at foretaket som sådan er bundet av og følger normen for god meglerskikk.

Nivået på kvaliteten av meglerforetakets tjenesteyting er et moment som i seg selv taler for at alle i et eiendomsmeglingsforetak bør være bundet av god meglerskikk. Konsekvensen dersom ikke alle i et foretak skulle være bundet av normen, ville være både upraktisk og uforutsigbart, både for ansatte selv og for kundene.

Hensynet overfor markedet for at foretaket opptrer etisk enhetlig, innrettelseshensynet for kundene og hensynet til kvaliteten på tjenesteytingen fra foretaket, taler også for at daglig leder er bundet av normen god meglerskikk.

Konklusjonen er at daglig leder er bundet av normen god meglerskikk.

6.1.3 Hvem har det overordnede ansvaret for at foretaket følger normen?

Aarbakke [m.fl.] uttaler følgende om forsvarlig organisering av virksomheten, jf asl. § 6-12 første ledd, andre punktum: ”Styret har et overordnet og selvstendig ansvar for å se til at selskapets virksomhet utøves i samsvar med annen lovgivning mv.”⁸⁵

Når selskapet har en daglig leder, mener jeg denne må anses for å være styrets forlengede arm i foretaket og dermed ansvarlig for at foretaket følger loven, jf asl. § 6-14 første ledd, første punktum.

⁸⁵ Jf Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 493, punkt 1.9.

Stortingskomiteen gav følgende kommentar til emgll. § 3-1 og omsorgsplikten: ”Første ledd angir den rettslige standard at megleren skal utføre et oppdrag i samsvar med god meglerskikk, hvor ”megleren” er en partsbetegnelse for foretaket. Kravet vil således i praksis gjelde for den samlede virksomhet.”⁸⁶

En mulig konsekvens av ikke å følge normen, kan være at foretakets bevilling til å drive eiendomsmegling blir inndratt. Det formodes å være i daglig leders interesse å følge opp at dette ikke skjer.

Ovennevnte momenter taler for at daglig leder av et foretak som har bevilling, har et ansvar for å påse at normen blir fulgt av foretaket.

På den annen side følger det av Forskriften § 5-1 første ledd at faglig leder er ansvarlig for at den faglige utøvelsen av meglingsvirksomheten drives i samsvar med de krav som stilles i lov og forskrift, og normen god meglerskikk relaterer seg i all hovedsak til det eiendomsmeglingsfaglige. Forarbeidene uttrykker også dette, jf departementets uttalelse: ”Den faglige leder vil være ansvarlig for at foretakets virksomhet drives i samsvar med kravet til god meglerskikk.”⁸⁷ Dette taler for at det bør være faglig leder som har det overordnede ansvaret for at foretaket følger normen.

Ovennevnte drøftelse taler for at både daglig leder og faglig leder har et ansvar for at foretaket følger normen for god meglerskikk. Følgende uttalelse i forarbeidene fra departementet, bygger opp under et sideordnet ansvar for faglig leder og daglig leder: ”Megleren vil, som faglig leder, sterkest være ansvarlig for at foretaket oppfyller dets plikter. En plikt for megleren til å påse at foretakets virksomhet drives i tråd med gjeldende regelverk må sies å følge av kravet til god meglerskikk. Uttrykket megleren i lovutkastets kapittel 3 og 4 er en partsbenevnelse og vil også omfatte foretaket.”⁸⁸

⁸⁶ Jf Innst. O. nr 92 side 20, første spalte.

⁸⁷ Jf Ot.prp. nr 59, side 40, første spalte.

⁸⁸ Jf Innst. O. nr 92 side 5, første spalte. En uttalelse om det samme finnes i Ot.prp. nr 59 side 9, andre spalte: ”... [megleren vil] være den person som i første rekke er ansvarlig for at foretaket oppfyller de plikter som foretaket er pålagt gjennom lov og forskrifter.... Uttrykket ”megleren” i lovutkastets kapittel 3 og 4 er en partsbenevnelse og vil derfor også omfatte meglerforetaket som sådan.”

Konklusjonen er at daglig leder og faglig leder har et sideordnet ansvar for at normen for god meglerskikk følges av foretaket.⁸⁹

⁸⁹ Sanksjonene for at normen ikke følges kan imidlertid være forskjellige for daglig leder og faglig leder.

6.2 Ansvaret for ansettelser

6.2.1 Problemstillingen

Eiendomsmeglingsloven pålegger ansvaret for den faglige virksomhet til faglig leder, jf punkt 5.1 foran. Ansvar for ansettelser i et eiendomsmeglingsforetak, er ikke nevnt verken i forarbeider, forskrift eller i rundskriv til eiendomsmeglingsloven. Ut fra at ansvar for ansettelser ikke er nevnt i noen av disse rettskildene, taler dette for at ansettelser i utgangspunktet ikke er faglig leders ansvar.

Etter asl. § 6-12 første ledd, andre punktum, er styret særlig pålagt å sørge for en forsvarlig organisering av virksomheten. Det er et ledd i styrets ansvar for organiseringen av selskapet å sørge for at administrasjonen får stilt til rådighet tilstrekkelige midler til å løse sine oppgaver, herunder tilsette tilstrekkelig kvalifisert personale.⁹⁰ Det følger av asl. § 6-14 første ledd om daglig ledelse, at ansettelser vil være daglig leders ansvar. Det er imidlertid styrets plikt å gripe inn om daglig leder ikke gjennomfører dette på en forsvarlig måte.⁹¹ Jeg formoder at bemanningen ut fra ovennevnte krav i aksjeloven, må være slik at foretaket er i stand til å oppfylle kravet om forsvarlig eiendomsmegling.

Den beste løsningen ved ansettelser vil være der daglig leder og faglig leder samtaler rundt ansettelsesbehovet og hvilke kvalifikasjoner som er ønskelige å ha i foretaket.

Daglig leder har mulighet til å kunne delegere arbeidsoppgaver som i utgangspunktet hører inn under daglig leder, som for eksempel ansettelser, til faglig leder i foretaket, se punkt 5.2 foran.

Drøftelsen nedenfor forutsetter at daglig leder ikke har delegert ansettelsesfunksjonen til faglig leder. Problemstillingen er om faglig leder i noen tilfeller kan ha veto rett overfor daglig leder, der faglig leder er uenig i en ansettelse daglig leder ønsker å foreta.

⁹⁰ Jf Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 490. punkt 1.2.

⁹¹ Jf asl. § 6-12 første ledd, andre punktum. Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 490. punkt 1.2.

Rettslig grunnlag for drøftelsene er Forskriften § 5-1 første og andre ledd, jf emgll. § 2-1 sjette ledd og asl. § 6-14 første ledd, jf asl. § 6-12 første ledd, andre punktum.

6.2.2 Kan faglig leder ha vetorett ved ansettelse?

Faglig leders ansvar etter eiendomsmeglingsloven er å påse at den faglige kvaliteten på meglingen er forsvarlig. Lovkomiteens intensjon med å ha et krav om faglig leder i eiendomsmeglingsloven, var at foretaket skulle ha en person med den fagkunnskap som er nødvendig for å kunne drive eiendomsmegling, og dertil har de egenskaper som er nødvendig for å drive eiendomsmegling, jf emgll. § 2-3.⁹²

Selskapets styre og daglig leder er også ansvarlig for at eiendomsmeglingsvirksomheten er i samsvar med de krav som stilles til forsvarlig eiendomsmegling, ut fra kravet i asl. § 6-12 første ledd, andre punktum, om forsvarlig organisering av virksomheten.⁹³ Dette taler for at daglig leder, som er styrets forlengede arm, må innrette seg etter faglig leder når det gjelder eiendomsmeglingsfaglige spørsmål.

Et spørsmål er hvorvidt det å ansette kan anses å komme inn under ordlyden ”den faglige utøvelsen av meglingsvirksomheten”, jf Forskriften § 5-1 første ledd. Begrepet angir innenfor hvilket område faglig leder har avgjørende myndighet. Enten kan det tolkes slik at en ansettelse kommer i forkant av den faglige utøvelsen av meglingsvirksomheten, eller at det er en del av den.

Etter en alminnelig språklig forståelse av ordet meglingsvirksomhet forstås dette som mellommannsvirksomhet, jf definisjon av mellommann under punkt 5.1.

Etter en språklig forståelse av ordet meglingsvirksomhet og eiendomsmeglingslovens egen definisjon av ordet ”eiendomsmegling”, jf emgll. § 1-1 første ledd, er dette momenter som taler for at selve ansettelsen ikke kommer inn under ordlyden.

⁹² Jf NOU 1987 : 14 side 58, spalte 2.

⁹³ Jf Bråthen/Røse Solli, Eiendomsmegling i praksis del 2, side 26 og Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 489, punkt 1.2.

Ansvar for et forsvarlig kompetansenivå hos de som utøver meglerrelaterte arbeidsoppgaver i eiendomsmeglingsforetaket, ligger imidlertid hos faglig leder, jf Forskriften § 5-1 andre ledd. Den som ansettes vil faglig leder ha ansvaret for kvaliteten av arbeidet på, i etterkant av ansettelsen. Faglig leders ansvar etter denne bestemmelsen er å påse at den ansatte har den nødvendige kompetanse til å løse de oppgaver han eller hun får tildelt.

Ordlyden i Forskriften § 5-1 andre ledd kan kanskje være med å belyse grenseoppgangen mellom daglig leders og faglig leders ansvar for den ansatte. Den bestemmer at faglig leder har ansvaret for den ansattes utøvelse av meglingsvirksomheten, som nødvendigvis utføres i etterkant av ansettelsen. Bestemmelsen inneholder ingen fullmakt for faglig leder til å skulle delta i ansettelsesprosessen. Ordlyden i Forskriften § 5-1 andre ledd er også et moment som taler mot at selve ansettelsen kommer inn under faglig leders ansvarsområde.

Det neste spørsmålet er om det er hensyn som kan tillegges slik vekt at faglig leder likevel kan ha vetorett i noen tilfeller, der han eller hun mener at en ansettelse vil gå ut over forsvarlig kvalitet på eiendomsmeglingen. Problemstillingen drøftes i forhold til følgende tre situasjoner:

1. når faglig leder mener at sammensetningen av kompetansen i foretaket bør være annerledes,
2. der faglig leder mener det var bedre kvalifiserte for jobben, eller
3. når faglig leder mener den aktuelle kandidat er inkompetent til å kunne utføre eiendomsmegling.

6.2.2.1 Kompetansesammensetningen i foretaket

Den første problemstillingen kan reise to spørsmål. Det første er der kompetansen i foretaket ikke dekker det foretaket tilbyr av tjenester i markedet og det andre er der medarbeiderne har kompetanse, men at faglig leder ønsker en annen type kompetanse ut fra sammensetningen som allerede er i foretaket. Spørsmålet blir så om det er hensyn som tilsier at faglig leder kan ha vetorett i disse tilfellene.

Hensynet til forsvarlig saksbehandling av meglingsoppdragene kan være et moment som taler for at faglig leder bør kunne ha vetorett når sammensetningen av kompetansen i foretaket ikke dekker det foretaket tilbyr av tjenester. På den annen side er det et ledd i styrets ansvar for organiseringen av selskapet å sørge for at administrasjonen tilsetter tilstrekkelig kvalifisert personale og at det er styrets plikt å gripe inn om daglig leder ikke gjennomfører dette på en forsvarlig måte, jf punkt 5.2 foran. Ut fra ovennevnte momenter tilligger ansvaret her daglig leder. Det tilsier at faglig leder ikke har vetorett.

For det tilfellet at medarbeiderne har kompetanse, men at faglig leder ønsker en annen type kompetanse ut fra sammensetningen som allerede er i foretaket, vil dette ikke komme inn under hensynet til forsvarlig saksbehandling. En riktig sammensetning av kompetansen vil sannsynligvis øke både effektiviteten og salgsinntektene i foretaket, men dette er momenter som også er styrets/daglig leders ansvar. Faglig leder kan ikke ha vetorett i dette tilfellet.

6.2.2.2 Der det finnes bedre kvalifiserte

Den neste problemstillingen er om faglig leder kan ha vetorett dersom han eller hun mener det finnes bedre kvalifiserte til en jobb.

Enda bedre kompetente medarbeidere vil sannsynligvis øke effektiviteten og det vil sannsynligvis også være lettere å nå salgsbudsjettet. Det stilles ingen krav i eiendomsmeglingsloven om at medarbeidere må ha et visst minimum av utdanning. For å få økt den faglige kvaliteten i foretaket, har faglig leder en mulighet til eventuelt å gi medarbeiderne den nødvendige kompetanseheving etter ansettelsen. Så lenge den ansatte har kvalifikasjoner til å kunne utøve forsvarlig megling, er det ingen hensyn som tilsier at faglig leder kan ha vetorett.

6.2.2.3 Ved ansettelse av inkompetent medarbeider

Den siste problemstillingen er om faglig leder har vetorett der daglig leder ønsker å ansatte en som i følge faglig leder er uforsvarlig å sette i rollen som megler/oppgjørsmedarbeider.

Dersom daglig leder ansetter en som ikke kan utføre forsvarlig eiendomsmegling, har ikke daglig leder oppfylt styrets krav om forsvarlig organisering av selskapet, jf asl. § 6-12 første ledd, andre punktum. Faglig leder har ansvaret for den ansatte etter ansettelsen og skal påse at den ansatte har den nødvendige kompetanse til å løse de oppgaver han eller hun får tildelt, jf Forskriften § 5-1 andre ledd. For faglig leder vil det i dette tilfellet være uforsvarlig å gi den nye medarbeideren eiendomsmeglingsoppgaver, før kompetansen blir hevet.

Kredittilsynet har uttalt: ”Faglig leder er også ansvarlig for at den som får tildelt en oppgave har de nødvendige kvalifikasjoner til å løse denne. Dette innebærer at faglig leder før oppgavene i foretaket/filialen fordeles, plikter å vurdere om den enkelte ansatte har den nødvendige teoretiske bakgrunn og praktiske erfaring som er nødvendig for å gjennomføre oppgaven.”⁹⁴ Denne uttalelsen tilsier at faglig leder har ansvaret for den ansatte i etterkant av ansettelsen, men gir ingen hjemmel for en vetorett for faglig leder.

Et hensyn som også taler mot en mulig vetorett, er at faglig leder har alternative handlingsmåter i etterkant av ansettelsen, der daglig leder har ansatt en som etter faglig leders vurderinger er inkompetent til meglerjobben. Dersom den ansatte ikke har et forsvarlig kompetansenivå, har faglig leder muligheten til ikke å gi personen eiendomsmeglingsfaglige oppgaver. Å sikre at en inkompetent medarbeider ikke utfører meglertjenester, mener jeg ligger innenfor den kvalitetssikring faglig leder er pålagt. I teorien er denne løsningen en mulighet. I praksis kan dette være vanskelig å gjennomføre, i det foretaket har salgsbudsjetter som skal nås.

Kravet til forsvarlig eiendomsmegling er et moment som tilsier at faglig leder burde ha vetorett når daglig leder ønsker å ansette en som i følge faglig leder er inkompetent.

At salgsbudsjettet blir vanskeligere å nå, er et moment som ikke kan tillegges vekt.

Med utgangspunkt i kravet om forsvarlig organisering av virksomheten og kravet til faglig forsvarlig utøvelse av det eiendomsmeglingsfaglige, tilsier det at faglig leder bør høres med sine synspunkter ved vurderingen av en slik ansettelse. Dette hensynet bør

⁹⁴Jf rundskriv 14/2004, side 7.

tillegges atskillig vekt for de tilfeller faglig leder mener at det kan ha betydning for foretakets mulighet til å holde seg innenfor eiendomsmeglingsloven og kravet til god meglerskikk.⁹⁵

Hensynet til forsvarlig saksbehandling, hensynet til faglig leders ansvar for de ansattes kompetanse og det lovbestemte krav til faglig leder om å drive i samsvar med lov og forskrift taler for at faglig leder bør ha vetorett ved visse ansettelse.

Imidlertid kommer ikke selve ansettelsen inn under ordlyden i Forskriften § 5-1 første ledd, verken rent språklig eller etter en tolking av bestemmelsen. Et hensyn som i tillegg taler mot en mulig vetorett, er at faglig leder har andre handlingsalternativ i etterkant av ansettelsen, selv om de vil være en økonomisk belastning for foretaket.

Ut fra at ansvaret for ansettelse klart kan utledes av ”daglig ledelse” i asl. § 6-14 første ledd, jf kravet til forsvarlig organisering av selskapet i asl. § 6-12 første ledd, andre punktum, taler dette for at ansvaret ligger under daglig leder alene.

Konklusjonen vil være at faglig leder ikke har vetorett overfor daglig leder, selv når daglig leder ønsker å ansette en som faglig leder ikke finner forsvarlig å ansette.

⁹⁵ Jf faglig leders ansvar i Forskriften § 5-1 første ledd if, om at han eller hun er ”ansvarlig for at denne virksomheten drives i samsvar med de krav som stilles i lov og forskrift”.

6.3 Markedsføring

6.3.1 Problemstillingen

Markedsføring i et eiendomsmeglingsforetak består for det første av å markedsføre objektene som foretaket har for salg, og for det andre å markedsføre foretakets tjenester. Her vil jeg drøfte ansvarsforholdet mellom daglig leder og faglig leder i forhold til begge typer av markedsføring.

Første problemstilling er hvem av de to som har ansvaret for innholdet i markedsføringen av foretakets tjenester. Den andre problemstillingen er om det er daglig leder eller faglig leder som har ansvaret for innholdet i markedsføringen av eiendommer foretaket har for salg.

6.3.2 Markedsføring av foretakets tjenester

Problemstillingen er om ansvaret for innholdet i markedsføringen av foretakets tjenester tilligger daglig leder eller faglig leder.

Rettslig grunnlag er asl. § 6-14 første ledd, jf asl. § 6-12 første ledd, andre punktum og Forskriften § 5-1 første ledd, jf emgll. § 2-1 sjette ledd.

Markedsføring av foretakets tjenester vil være et av flere vanlige gjøremål i et eiendomsmeglingsforetak og kommer inn under ordlyden ”daglig ledelse” i asl. § 6-14 første ledd, jf punkt 5.2 foran. Det tilligger daglig leder å påse at foretaket holder seg innenfor det regelverket som gjelder på foretakets forretningsområde, jf punkt 5.2 foran.

Når det gjelder eiendomsmeglerbransjen, har Forbrukerombudet kommet med retningslinjer om markedsføring av eiendomsmeglertjenester.⁹⁶ Retningslinjene fra Forbrukerombudet tar utgangspunkt i bestemmelsene i mfl. §§ 1-3, som inneholder generelle regler om urimelig, villedende og utilstrekkelig veiledende reklame.

⁹⁶ Forbrukerombudets retningslinjer av november 2000.

Formålet med retningslinjene er å føre tilsyn med at de næringsdrivendes markedsføring og avtalevilkår er i samsvar med markedsføringsloven, ut fra hensynet til forbrukerne, jf mfl. § 13 første ledd første punktum, jf markedsføringsloven kapittel 1. Retningslinjene er et tolkingsmoment som må tillegges vekt med bakgrunn i at lovgiver har bestemt at Forbrukerombudet skal ha en tilsynsfunksjon og at de skal medvirke ved gjennomføringen av bestemmelsene i markedsføringsloven.⁹⁷

Et av formålene med å markedsføre foretakets tjenester er å oppnå gode økonomiske resultater for driften. Dette er et daglig leder ansvar, jf punkt 5.2.

Ovenfor er det nevnt flere momenter som taler for at daglig leder har ansvaret for innholdet av markedsføringen av foretakets tjenester. Ansvaret utledes fra ansvarsområdet som tilligger daglig leder og plikten for daglig leder til å påse at foretaket følger det regelverk det er bundet av, herunder eiendomsmeglingsloven og markedsføringsloven.

Daglig leder har et ansvar for innholdet i markedsføringen av foretakets tjenester.

Det neste spørsmålet er om ansvaret for innholdet i markedsføring av foretakets tjenester også kommer inn under ”den faglige utøvelsen av meglingsvirksomheten”, jf Forskriften § 5-1 første ledd.

Etter en alminnelig språklig forståelse av uttrykket kan det enten tolkes slik at markedsføring av foretakets tjenester ikke er en del av selve utøvelsen av meglingsvirksomheten, jf ordet meglingsvirksomhet som ble drøftet under punkt 5.1 foran, eller at det inngår som en del av meglingsvirksomheten. I markedsføring av foretakets tjenester, vil for eksempel opplysninger om hva som inngår av tjenester i et salgsoppdrag, hvilket vederlag foretaket skal ha, hva en oppdragsgiver kan forvente av den faglige utøvelsen etc. være med. Innholdet i markedsføringen av foretakets tjenester gir informasjon om hvilken forventning markedet kan ha til eiendomsmeglerne i deres faglige utførelse.

⁹⁷ Jf mfl. §§ 10 og 13.

På bakgrunn at dette mener jeg det mest nærliggende tolkingsalternativet er at markedsføring av foretakets tjenester kommer inn under ordlyden i Forskriften.

Det kan ikke utledes av Forskriften § 5-1 første ledd at faglig leder kan ha noen avgjørende myndighet når det gjelder for eksempel fargevalg, hvilken logo som skal brukes i annonsen, eller annet som for eksempel gjelder utformingen av annonser. Egenreklame for foretaket, som fremkommer i markedsføringen av foretakets oppdrag, anses også å være daglig leders ansvar.⁹⁸

Ansaret etter ordlyden i Forskriften § 5-1 første ledd må være begrenset til at markedsføringen av foretakets tjenester innholdsmessig holder seg innenfor lov og forskrift, det vil si innenfor rammene av eiendomsmeglingsloven, markedsføringsloven og god meglerskikk jf Forskriften § 5-1 første ledd if.⁹⁹

Etter NEFs etiske regler § 7 blir medlemmene av NEF pålagt at ”henvendelser til publikum for å skaffe seg oppdrag må skje i overensstemmelse med markedsføringsloven og disse etiske regler”. NEFs etiske regler § 7 stiller videre krav til at markedsføring av foretakets tjenester ikke inneholder noe som er uriktig eller villedende.

NEFs etiske regler er et moment, dog ikke særlig tungtveiende, som taler for at faglig leder har et ansvar for at foretaket holder seg innenfor markedsføringsloven og retningslinjene om markedsføring av eiendomsmeglertjenester fra Forbrukerombudet.

Forskriften § 5-1 første ledd, kravet til god meglerskikk og etiske regler, tilsier at faglig leder bør ha en avgjørende innflytelse på innholdet av foretakets markedsføring av sine tjenester. Faglig leder har en plikt til å følge med i all markedsføring, slik at kravene i lov om eiendomsmegling og kravet til god meglerskikk overholdes.

Drøftelsen ovenfor viser at både daglig leder og faglig leder i utgangspunktet har et ansvar for innholdet i markedsføringen av foretaket.

⁹⁸ Jf Bråthen/Røse Solli, Eiendomsmegling i praksis del 2, side 27.

⁹⁹ ”Faglig leder ... er ansvarlig for at denne virksomheten drives i samsvar med de krav som stilles i lov og forskrift”, jf forskriften § 5-1 første ledd if.

Imidlertid er det daglig leder som i utgangspunktet har ansvaret for markedsføringen av foretakets tjenester, jf asl. § 6-14 første ledd.

At eiendomsmeglingsloven krever en faglig leder for utøvelsen av det eiendomsmeglingsfaglige, er et moment som taler for at ansvaret for markedsføring av foretakets tjenester som berører det eiendomsmeglingsfaglige også ligger på faglig leder. Etter Forskriften § 5-1 første ledd og kravet til god meglerskikk, påligger det faglig leder en plikt til å påse at virksomheten drives i samsvar med de krav som stilles i lov og forskrift. Ledelsen i foretaket, herunder daglig leder, plikter å se til at selskapet driver sin virksomhet innenfor den alminnelige rammelovgivningen, jf asl. § 6-14 første ledd, jf asl. § 6-12 første ledd, andre punktum.¹⁰⁰

Det kan på bakgrunn av ovennevnte utledes en plikt for daglig leder til å handle etter de krav faglig leder må påse at foretaket følger, angående det innholdsmessige i markedsføringen av foretakets tjenester, så langt dette berører det eiendomsmeglingsfaglige. Plikten for daglig leder kan også begrunnes med at eiendomsmeglingsloven stiller krav om en faglig leder for at eiendomsmeglingsforetaket skal få bevilling, og at faglig leder må innrette seg etter kravene i eiendomsmeglingsloven.

Ansvaret for det innholdsmessige i markedsføringen av foretakets tjenester etter gjeldende rett, fordeles sannsynligvis etter denne skisserte grenseoppgangen.

Konklusjonen er at daglig leder har det overordnede ansvaret for innholdet av markedsføring av foretakets tjenester. Det påligger imidlertid en plikt for daglig leder til å utforme markedsføringen slik at den ikke kommer i konflikt med reglene foretaket og faglig leder er bundet av.

¹⁰⁰ Jf Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 430, punkt 1.3.

6.3.3 Markedsføring av eiendommer foretaket har salgsoppdrag på

Den andre problemstillingen er om det er faglig leder eller daglig leder som har det overordnede ansvaret for innholdet i markedsføringen av eiendommene foretaket har salgsoppdrag på.

Rettslig grunnlag er Forskriften § 5-1 første ledd, jf emgll. § 2-1 sjette ledd og emgll. § 3-1 og § 3-6 og asl. § 6-14 første ledd.

Etter Forskriften § 5-1 første ledd, jf emgll. § 2-1 sjette ledd, har faglig leder ansvaret for ”den faglige utøvelsen av meglingsvirksomheten”. Det eiendomsmeglingsfaglige her vil blant annet være det innholdsmessige i en annonse og en salgsoppgave, så som bilder av eiendommen, den språklige presentasjonen, hvilke opplysninger som er med osv. Forskriften § 5-1 første ledd tilsier at faglig leder har et ansvar for markedsføringen av foretakets oppdrag.

Det vil være en faglig leders ansvar i følge Forskriften § 5-1 første ledd, andre punktum, å påse at markedsføringen av oppdragene er i samsvar med god meglerskikk og at den skjer innenfor rammene av markedsføringsloven. Dette er også momenter som taler for at faglig leder har ansvaret for innholdet av markedsføringen av foretakets oppdrag.

Videre plikter megleren, før handel slutes, å gi kjøper opplysninger om eiendommen, jf emgll. § 3-6. Opplysningene kan gis i salgsoppgave/annonse eller i annen skriftlig form. Det er ingen plikt til å avvertere en eiendom eller å utarbeide salgsoppgave. Plikten som kan utledes av emgll. § 3-6, er at kjøper skal ha bestemte opplysninger om eiendommen skriftlig, før bud aksepteres. Dette ansvaret tilligger den enkelte megler, men det vil være faglig leder for foretaket som har det overordnede ansvaret for at dette gjøres. Dette er også et moment som taler for at faglig leder har ansvaret for markedsføringen av det enkelte oppdrag.

Ut fra ovennevnte er det klart at faglig leder har et ansvar for innholdet i markedsføring av eiendommer som foretaket har salgsoppdrag på.

Det neste spørsmålet er om daglig leder også har et ansvar for dette, jf . asl. § 6-14 første ledd og asl. § 6-12 første ledd.

En alminnelig språklig forståelse av uttrykket ”daglig ledelse”, jf asl. § 6-14 første ledd, tilsier at daglig leder har ansvaret for selskapets administrasjon og for det som er vanlige gjøremål i et foretak. Markedsføring av objektene, som er en del av prosessen for å kunne føre kjøper og selger sammen, anser jeg som en del av de vanlige gjøremålene i et eiendomsmeglingsforetak og kommer også inn under daglig leders ansvar etter aksjeloven. Ut fra ovennevnte moment har også daglig leder et ansvar for innholdet i markedsføringen av eiendommene.

Det neste spørsmål er om asl. § 6-14 første ledd kan tolkes innskrenkende i forhold til Forskriften § 5-1, jf emgll. § 2-1 og § 3-1 og § 3-6.

At eiendomsmeglingsloven krever en faglig leder for utøvelsen av det eiendomsmeglingsfaglige, taler for at ansvaret for innholdet i markedsføring av foretakets objekter i utgangspunktet ligger på faglig leder. For den aktuelle problemstilling er det sannsynlig at faglig leders ansvar i følge eiendomsmeglingsloven går foran aksjelovens bestemmelser om daglig leder og det generelle ansvar for markedsføring som hører inn under dette.

Ovennevnte *lex specialis* betraktning tilsier at eiendomsmeglingsloven må gis forrang. Daglig leder kan etter denne tolkingen ikke tillegges det overordnende ansvaret for innholdet av markedsføring av eiendommer foretaket har salgsoppdrag på.

Konklusjon på ovennevnte vil være at faglig leder har det overordnede ansvaret for innholdet i markedsføring av eiendommer som foretaket har salgsoppdrag på.

6.4 Økonomiske forhold

6.4.1 Avsetning av midler til etterutdanning og kursing

6.4.1.1 Problemstillingen

Økonomiske forhold i et eiendomsmeglingsforetak kan ha stor innvirkning på driften. Som regel har foretaket/filialen avsatt et bestemt beløp i budsjettet til kursing og etterutdanning av sine medarbeidere. Det beste løsningen vil være der daglig leder og faglig leder gjør en felles vurdering av opplæringsbehovet i bedriften og sammen vurderer avsetningen i budsjettet mot hva bedriften tåler av utgifter.

Et eksempel hvor kursing kan være nødvendig, er i forbindelse med nye lover og forskrifter. Et annet eksempel kan være hvor ansatte har vært lenge borte, på grunn av sykdom eller permisjon. Et tredje eksempel er der hvor bedriften har ansatt meglere uten eiendomsmeglerutdanning.

I utgangspunktet tilhører det foretakets daglige ledelse å lage budsjetter og avsette midler til nødvendig kursing og etterutdanning for sine ansatte, jf asl. § 6-14 første ledd. Problemet vil oppstå i de eiendomsmeglingsforetak hvor det ikke blir avsatt nødvendige midler i budsjettet til kursing som tilsier at de som utøver megling, herunder oppgjør i foretaket, ikke har og heller ikke får, den nødvendige kompetanse.

Problemstillingen er hvorvidt faglig leder kan kreve økonomiske midler avsatt til etterutdanning og kursing av medarbeidere.

Rettslig grunnlag er Forskriften § 5-1 andre ledd, første punktum og § 5-3 andre ledd, andre punktum, jf emgll. § 2-1 sjette ledd.

6.4.1.2 Faglig leders innflytelse på avsetning av midler til etterutdanning og kursing

En alminnelig språklig forståelse av ordlyden ”nødvendig kompetanse til å løse de oppgaver de får tildelt”, jf Forskriften § 5-1 andre ledd, første punktum, tilsier at megleren må ha den kunnskap som kreves til å utøve meglingen på en forsvarlig måte.

Ordlyden stiller ingen krav til formell kompetanse hos megleren, men i ordlyden ligger det et vilkår om at faglig leder skal fordele oppdrag på de ansatte, etter kunnskapsnivået hos den enkelte megler.

Ordlyden er et moment som taler for at faglig leder kan kreve økonomiske midler til etterutdanning og kursing.

Formålet med kompetansekravet i forskriftsbestemmelsen er belyst i forarbeidene til emgll. § 2-1 sjette ledd. Finanskomiteens flertall uttalte om formålet med å gi Kredittilsynet fullmakt, til å kunne gi forskrift, og om hva en slik forskrift burde inneholde at ”... en slik forskrift bør inneholde krav om at faglig leder skal ha tilstrekkelig oversikt over at medarbeiderne i virksomheten har den nødvendige kompetanse til å oppfylle meglerpliktene som angitt i for eksempel §3-1 i loven”.¹⁰¹

Slik jeg forstår uttalelsen i forarbeidene, er et av formålene med forskriftsbestemmelsen at den skal ivareta et krav til at den ansatte må ha et visst nivå på sin fagkunnskap for å kunne løse de oppgaver han eller hun blir satt til. I praksis vil det si at den ansatte må være tilstrekkelig kjent med regelverket rundt eiendomsmegling. Videre må den ansatte være kjent med hvorledes Kredittilsynet har tolket bestemmelsene slik at han eller hun kan utøve meglervirksomheten i overensstemmelse med gjeldende praksis og god meglerskikk. Formålet er et moment som taler for at faglig leder kan kreve økonomiske midler avsatt til etterutdanning og kursing.

I Kredittilsynets rundskriv 14/2004 sies det ikke noe nærmere om hva som ligger i vilkåret ”nødvendig kompetanse”. Kredittilsynet har uttalt at det ligger i ordlyden at den ansatte må ha kunnskap nok til å kunne håndtere situasjoner som oppstår underveis i salgsarbeidet på en fornuftig måte, slik at både selger og kjøper blir ivaretatt. Denne kompetansen må være til stede hos de som utøver meglingstjenester i foretaket.¹⁰² Jeg forstår uttalelsen fra Kredittilsynet slik at faglig leder blant annet har ansvar for at normen ”god meglerskikk” er kjent for medarbeiderne og at den følges i foretaket for alt det som er eiendomsmeglingsrelatert, jf emgll. § 3-1.

¹⁰¹ Jf Innst. O. nr 10 side 4, punkt 3.2.

Hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier at meglingsoppdragene skal utføres med en solid faglig standard, og at arbeidet som utføres er innenfor rammen av lov og forskrift.

En faglig leder har som oftest, i tillegg til det faglige ansvaret, egne salgsmål i bedriften. Lønnsmodellen til faglig leder er ofte basert på en del fastlønn og i tillegg provisjon av egne salg. Dersom faglig leder må bruke mye av sin tid på intern opplæring, vil dette kunne gå utover hans eller hennes lønn der denne er gjort avhengig av egne salgsmål. Der faglig leder har en slik lønnsordning kan faglig leder anse det som nødvendig at en del av ansvaret for opplæring vil bli kjøpt som en tjeneste i stedet for at faglig leder yter dette. Så lenge lønnsavtalen er provisjonsavhengig også for faglig leder, mener jeg dette er et moment som taler for at faglig leder kan kreve nødvendige midler avsatt til kursing. Dette under forutsetning av at faglig leders salgsmål tilsier at han eller hun ikke vil ha særlig kapasitet til å drive opplæring.

For eiendomsmeglere som er medlemmer av NEF, ble det fra 1. juni 1996 innført et krav til obligatorisk etterutdanning. Sanksjonen for ikke å følge dette årsmøtevedtaket er eksklusjon fra medlemskapet i NEF. Daglig leder er, i motsetning av faglig leder, ikke bundet av at de ansatte eiendomsmeglerne følger NEF sine retningslinjer om etterutdanning og kurspoeng. Et årsmøtevedtak fra NEF anser jeg for å ha liten eller ingen rettskildemessig vekt i avgjørelsen av dette spørsmålet. Likevel vil dette være et argument som bygger opp under avgjørelsen om at faglig leder kan kreve økonomiske midler avsatt til etterutdanning og kurs.

Ovennevnte reelle hensyn taler i hovedsak for at faglig kan kreve midler avsatt til nødvendig kursing og etterutdanning, slik at foretaket kan drive forsvarlig eiendomsmegling.

På sikt er både det enkelte meglerforetak og bransjen som sådan best tjent med eiendomsmeglere som holder et forsvarlig nivå på meglingen. Det vil være til foretakets beste, både internt, for kundene og for foretakets omdømme utad, at medarbeidere får den nødvendige kursingen. Dette er momenter som tilsier at faglig leder kan kreve

¹⁰² Jf telefonsamtale med Kredittilsynet, høsten 2004.

økonomiske midler til etterutdanning og kursing for å kunne holde et forsvarlig nivå på eiendomsmeglingen, men jeg legger ikke disse hensynene særlig vekt.

På den annen side er det en økonomisk balanse om hvor faglig sterk man har råd til å være. Dersom et foretak har for mange feilgrep i sin håndtering av megleroppdrag, vil dette på sikt gå utover inntjeningen til bedriften. Det vil hele tiden være en avveining mellom kvalifisering/oppgradering av medarbeidere og foretakets økonomi. Dette er et moment som taler for at daglig leder har det avgjørende ordet for hvorledes foretakets økonomiske midler skal anvendes.

Ut fra aksjelovens bestemmelser om daglig ledelse og kravet til forsvarlig organisering av virksomheten, jf asl. § 6-14 første ledd og asl. § 6-12 første ledd, tilsier dette at daglig leder må lytte til faglig leder når det gjelder avsetning av midler i budsjettet til nødvendig etterutdanning og kursing. Dette for at kravet til ”nødvendig kompetanse” skal kunne overholdes, jf Forskriften § 5-1 andre ledd, første punktum. Faglig leder kan kreve midler avsatt til nødvendig etterutdanning/kursing i budsjettet for foretaket.

6.4.2 Daglig leders krav til å oppnå salgsbudsjett

6.4.2.1 Problemstillingen

I utgangspunktet hører det under daglig leders ansvarsområde å sette opp salgsbudsjett, jf asl. § 6-14 første ledd. Den beste løsningen for å ivareta en forsvarlig eiendomsmegling tilsier at faglig leder og daglig leder bør samarbeide om meglernes salgsbudsjetter og meglerne selv bør også involveres.

Der daglig leder krever flere omsetninger enn faglig leder mener er forsvarlig ut fra kravet til utførelsen av det eiendomsmeulingsfaglige, kan dette gi seg utslag i flere problemstillinger i forholdet mellom faglig leder og daglig leder. Jeg vil kort skissere to problemstillinger og ta utgangspunkt i en av dem i den videre drøftelse.

Den første problemstillingen er der faglig leder har et like høyt salgsbudsjett som de øvrige meglerne i selskapet, samtidig som lønnen er basert på en del fastlønn og i tillegg

provisjon av egne salg.¹⁰³ Det er få eiendomsmeglingsforetak i Norge som er så store at det er økonomisk forsvarlig å ha en faglig leder uten eget salgsbudsjett og salgsmål i bedriften. Faglig leder kan komme i konflikt både med daglig leder og seg selv om prioritering av tidsbruk. Faglig leders egne salgsmål kan fort flytte hans eller hennes fokus bort fra sin kontrollfunksjon på den faglige kvaliteten på de øvrige meglernes arbeid. Eiendomsmeglere har til tider en svært hektisk hverdag med mange tidsfrister å forholde seg til. Den faglige ledelse kan fort bli en ”overtidsjobb”, med dertil dårlig kvalitetskontroll på de øvrige meglernes faglige utførelse. Faglig forsvarlighet blir ikke i fokus.

Den andre problemstillingen er der faglig leder mener at meglerne er pålagt for høye salgsbudsjetter, og at gjennomføringen av disse budsjettene vil gå på bekostning av den faglige kvaliteten på utførelsen av oppdragene.

6.4.2.2 Kan faglig leder kreve tempoet redusert?

Problemstillingen jeg vil drøfte nedenfor relateres til den andre problemstillingen, om faglig leder har hjemmel til å kunne kreve tempoet redusert, i den grad han eller hun mener gjennomføringen av megleroppdragene blir uforsvarlig.

En mulig hjemmel for at faglig leder kan kreve temporeduksjon i forhold til oppsatte salgsmål, kan være Forskriften § 5-1 tredje ledd if som bestemmer at ”Faglig leder skal ... påse at ingen har ansvar for flere oppdrag enn de kan arbeide aktivt med”.

Etter en språklig tolking av ordlyden mener jeg denne kan forstås på to måter. Enten kan ordlyden forstås slik at en megler ikke skal ha flere oppdrag enn han eller hun til enhver tid kan klare å arbeide aktivt med. Alternativt kan det bety at en megler ikke kan ha oppdrag liggende i skuffen i påvente av mulig salg, men at det må arbeides aktivt med alle oppdragene han eller hun har ansvaret for. Den første tolkingen anser jeg å være den mest naturlige, da den siste tolkingen vil gjøre det vanskelig for megleren å ha

¹⁰³ En megler har som regel et budsjett på minst 40-50 eiendommer å selge i løpet av året. Antallet varierer dog fra foretak til foretak og i noen grad i fra person til person. Opplysninger er hentet fra flere eiendomsmeglingsforetak, høsten 2004.

oppdrag for en selger som vil avvente situasjonen. Jeg legger den første tolkingen til grunn i den videre drøftelse.

I forskriftsbestemmelsens ordlyd ligger et krav til forsvarlig behandling av oppdraget. Jeg forstår bestemmelsen slik at faglig leder må gripe inn overfor en ansatt der han eller hun ikke utøver forsvarlig megling. Det kan være ulike årsaker til at et oppdrag ikke blir utført forsvarlig. For det første kan det være at megleren som skal utføre oppdraget ikke har den nødvendige kompetanse som kreves etter Forskriften § 5-1 andre ledd, eller at megleren har så mange oppdrag at tempoet blir uforsvarlig høyt. I den videre drøftelse forutsetter jeg at megler har den nødvendige kompetanse, men at kravet til antall salg er så høyt at gjennomføringen av salgene går ut over det forsvarlige sett fra faglig leders side.

Fra et bedriftsøkonomisk synspunkt er det klart at daglig leder må kunne stille visse krav til tempo og inntjening. I et eiendomsmeglingsforetak vil det være en avveining mellom daglig leders krav til antall omsetninger og inntjening i foretaket og faglig leders ansvar for at det utøves forsvarlig eiendomsmegling. En viss kalkulert risiko for feil vil det være aksept for i markedet og bransjen, med den begrunnelse at det vil koste for mye alltid å ha forsvarlig saksbehandling.¹⁰⁴

Faglig leder har et ansvar for kontrollen av det eiendomsmeglingsfaglige som daglig leder lettere kan vri seg unna. Den som risikerer å miste sitt eiendomsmeglerbrev, er faglig leder. Daglig leder kommer i en midlertidig klemme, men kan da ansette en annen faglig leder.

Det er mange faktorer som påvirker hvor mange oppdrag en megler kan arbeide aktivt med. Meglere har ulik kapasitet i utgangspunktet, og det kan være store forskjeller på hvor lettsolgt et objekt er. Det kan også være ulike ønsker blant meglerne om hvor mye tid som skal brukes på jobb utover ordinær arbeidstid. Oppdragene kan være tilfeldig fordelt mellom meglerne, eller det kan være naturlig at mer erfarne meglere får vanskeligere og mer tidkrevende oppdrag. Kapasiteten til megleren vil også bero på hvilket støtteapparat megleren har rundt seg, for eksempel egen meglerassistent, hjelp til

kontorfunksjon og lignende, og på hvilken faglig bakgrunn megleren har. Disse faktorene, utenom eventuelt støtteapparatet som tilbys i bedriften, er det faglig leder som kjenner best til og er best egnet til å vurdere. Ut fra faglig leders kunnskap om den enkelte megler, er dette et moment som taler for at faglig leder burde kunne kreve tempoet i foretaket redusert dersom han eller hun anser dette som et nødvendig tiltak for å kunne ivareta en forsvarlig saksbehandling av oppdragene.

Når faglig leder påpeker at tempoet er for høyt til at driften er forsvarlig, er faglig leder her som i mange andre tilfeller for en stor grad avhengig av at daglig leder har faglig interesse og innsikt for ikke å bli overkjørt i kravene til inntjening. Eiere av eiendomsmeglingsforetak kan i vår tid bli fjerne fra den daglige meglingen og driften til foretaket. Det som teller er resultatet på bunnlinjen.

Konklusjonen vil være at daglig leder må kunne kreve et visst tempo. Faglig leder gis hjemmel i ovennevnte bestemmelse til å kunne kreve et lavere tempo i foretaket der det kan begrunnes at det er uforsvarlig høyt. Dette kravet kan også begrunnes med daglig leders ansvar for forsvarlig virksomhet, jf punkt 5.2 foran. Resultatet ved at daglig leder ikke lytter til faglig leder i ovennevnte problemstilling, vil være at faglig leder må frasi seg sitt faglige ansvar.

6.4.3 Ansvar for klientkonti

6.4.3.1 Problemstillingen

For at et foretak skal få bevilling, må det være en faglig ansvarlig registrert for foretaket.¹⁰⁵ For eiendomsmeglingsforetak hvor både salg og oppgjør foretas i samme selskap, har faglig leder det formelle ansvaret for eiendomsmeglingen, herunder klientkonti, jf Forskriften § 3-5 og § 3-6 jf, emgll. § 2-4 andre ledd.

Verken daglig leder eller andre kan disponere over klientkonti uten etter skriftlig fullmakt fra faglig leder, jf Forskriften § 3-5 fjerde ledd. Forskriften § 3-5 sjette ledd sier at meglerforetakets faglige leder er ansvarlig for enhver transaksjon med

¹⁰⁴ En viss risiko for feil aksepteres i denne bransjen, i motsetning til når det gjelder liv og død hvor det ikke er rom for feil.

klientmidler. Forskriften § 3-5 åttende ledd viser også at ansvaret for klientkonto følger faglig leder: ”når faglig leder ikke lenger har rett til å disponere klientkonto, har heller ikke de han har gitt fullmakt slik rett.”

Forskriften § 3-6 pålegger faglig leder et strengt kontrollansvar for klientkonti.

I rundskriv 34/2001 har Kredittilsynet påpekt at det er ”... faglig leder som er ansvarlig for behandlingen av klientmidler. Utøvelse av forsvarlig faglig ledelse omfatter derfor også løpende kontroll med behandlingen av klientmidler. Faglig leder må selv gjennomgå og kontrollere det månedlige avstemmingsmaterialet som et ledd i den løpende faglige ledelsen. Dette gjelder også faglige ledere i foretak hvor oppgjør og regnskapsføring er satt bort til et annet foretak”.

Ut fra ovennevnte bestemmelser er det helt klart at faglig leder har ansvar for klientkonti.

6.4.3.2 Daglig leders ansvar for klientkonti

Spørsmålet blir så hvilket ansvar daglig leder har for klientkonti i kraft av sin stilling som daglig leder.

Rettslig grunnlag for drøftelsen er asl. § 6-14 første og fjerde ledd.

I begrepet ”daglig ledelse” omfattes i utgangspunktet ansvaret for det økonomiske i foretaket og et ansvar for regnskapsføringen.¹⁰⁶

Etter asl. § 6-14 fjerde ledd plikter daglig leder å sørge for at selskapets regnskap er i samsvar med lov og forskrift.

¹⁰⁵ Jf emgll. § 2-1.

¹⁰⁶ Utgangspunktet for daglig leder i et aksjeselskap er at han eller hun har et økonomisk ansvar for driften av foretaket og må underrette styret om foretakets resultatutvikling minst hver tredje måned, jf asl. § 6-15 første ledd. Klientmidler vil ikke påvirke driftens resultatutvikling og kommer ikke inn under denne bestemmelsen.

Bankkonto for klientmidler skal opprettes i meglerforetakets navn og betegnes ”klientkonto”, jf Forskriften § 3-5 første ledd. At klientkonti skal opprettes i meglerforetakets navn og ikke i kundens navn, kan muligens være et moment som taler for at dette også ligger under daglig leders ansvar.

Lov om årsregnskap kapittel 3, jf rskl. § 1-2 første ledd punkt 1, pålegger aksjeselskaper en plikt til å utarbeide årsregnskap og årsberetning. Enhver som utøver eiendomsmegling, uansett hvilken organisasjonsform som er valgt, skal føre regnskap i henhold til lov om årsregnskap, jf rskl. § 1-2 første ledd punkt 5. Etter rskl. § 10-1 tredje ledd kan departementet gi forskrift som utfyller eller fraviker kapittel 3 til 7 i loven. Dette er gjort for eiendomsmeglingsforetak. Forskrift om årsregnskap gitt i medhold av rskl. § 10-1 tredje ledd, jf rskl. § 3.¹⁰⁷

Det følger av forskrift om årsregnskap § 2 første ledd at midler som oppbevares av foretaket, men som tilhører klientene (klientmidler), ikke skal regnskapsføres i foretakets balanse. Dersom konto for klientmidler ikke stemmer overens med klientansvaret skal dette regnskapsføres i foretakets balanse, jf forskrift om årsregnskap § 2 andre og tredje ledd. Jeg anser at plikten til å påse at avviket blir ført i årsregnskapet påligger daglig leder.

Etter ordlyden i forskrift om eiendomsmegling § 3-1 påligger det enhver som utøver eiendomsmegling å føre regnskap i henhold til lov om årsregnskap. Det vil si at både daglig leder etter aksjeloven og faglig leder etter eiendomsmeglingsloven har en plikt i forhold til lov om årsregnskap.

Min konklusjon er etter dette at daglig leder har det overordnede ansvaret for at det som skal inn av opplysninger i årsregnskapet stemmer og at faglig leder har det overordnede ansvaret for klientkonti generelt.

¹⁰⁷ Forskriften gjelder for foretak som har bevilling til å drive eiendomsmegling etter lov 16. juni 1989 nr. 53 om eiendomsmegling § 2-1, jf Forskriften § 1.

6.5 Ansvar for internkontroll

6.5.1 Problemstillingen

Det er to forskrifter med tilhørende rundskriv og veiledning som stiller krav til internkontrollen i et eiendomsmeglingsforetak.

Med hjemmel i kredtll. § 4 har Kredittilsynet gitt ut IKT-forskriften. Det er foretaket som har ansvar for at IKT-virksomheten oppfyller alle krav som stilles i denne forskriften, jf IKT-forskriften § 12. Etter kredtll. § 4 punkt 2 kan Kredittilsynet pålegge eiendomsmeglingsforetak ”å innrette sin internkontroll etter de bestemmelser tilsynet fastsetter”, jf emgll. § 2-7 første ledd.

Etter emgll. § 2-1 sjette ledd har Kredittilsynet hjemmel til å gi nærmere regler i forskrift, om blant annet krav for faglig leder til å utarbeide skriftlig plan for internkontroll.¹⁰⁸ Med hjemmel i denne bestemmelsen har Kredittilsynet fastsatt krav om forsvarlig internkontroll i Forskriften § 5-3. Denne internkontrollen er begrenset til ”den eiendomsmeglingsfaglige utøvelsen av virksomheten”.

Etter asl. § 6-12 tredje ledd påligger det styret å påse at dets virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende kontroll.

Problemstillingen er hvem av daglig leder og faglig leder som har ansvaret for internkontrollen.

6.5.2 Faglig leders ansvar for internkontroll

Rettslig grunnlag for faglig leders ansvar for internkontroll er Forskriften § 5-3, jf emgll. § 2-1 sjette ledd.

Etter Forskriftens ordlyd er faglig leder ansvarlig for at kontrollen blir dokumentert,

¹⁰⁸ Lovendring 13.12.2002 nr 76. I følge Kredittilsynet er hjemmelen i emgll. § 2-1 sjette ledd noe videre enn hjemmelen i kredittilsynsloven, jf Ot.prp. nr 96 side 8, punkt 4.2. og brev fra Kredittilsynet til Finansdepartementet 22.03.2001.

gjennomført og overvåket, jf Forskriften § 5-3 første ledd, første punktum.

Etter Forskriftens ordlyd påligger det en plikt for foretakets faglige leder å påse at foretaket har en forsvarlig internkontroll for det eiendomsmeglingsfaglige.¹⁰⁹

Som en del av internkontrollen kreves det at foretaket kan dokumentere hvilke arbeidsoppgaver (rutiner) som følges i forbindelse med eiendomsmeglingen, jf Forskriften § 5-3 første ledd if. Dette skal være en beskrivelse av arbeidsoppgavene (rutinene) i foretaket, og en oversikt over hvem som skal utføre de enkelte oppgaver (stillingsbeskrivelse).¹¹⁰

Det er faglig leders ansvar å påse at den ansatte gir de opplysninger som etter loven skal gis i salgsoppgaver, samt dokumentasjon av hvor/hvordan nødvendige opplysninger er innhentet. Faglig leder må påse at salgsoppgavene inneholder alle opplysninger som kreves etter emgll. §§ 3-6 og 3-7.

Kredittilsynet sier videre at det ikke er nok med en henvisning til et detaljert lovverk som styrer gjennomføringen av et eiendomsmeglingsoppdrag. Det sentrale i dokumentasjonen er at arbeidsoppgaver identifiseres, at det klart går frem hvem som skal utføre arbeidsoppgavene og det finnes stillingsbeskrivelser som samsvarer med dette. For foretak som kjøper for eksempel oppgjørstjenester fra et annet eiendomsmeglingsforetak, vil dokumentasjon av internkontrollen også måtte omfatte de oppgavene som er satt bort til andre.¹¹¹

Konklusjonen er at faglig leder har ansvaret for internkontroll for utøvelsen av det eiendomsmeglingsfaglige, herunder ansvaret for dokumentasjon, gjennomføring og overvåking av arbeidet med internkontroll i eiendomsmeglingsforetak.

¹⁰⁹ Med denne begrensningen i Forskriftens ordlyd, jf Forskriften § 5-3 første ledd, betyr det at det ikke stilles krav om formalisert internkontroll for de delene av virksomheten som ikke er direkte relatert til eiendomsmeglingen, så som rutiner i forbindelse med økonomi (med unntak av klientmiddelbehandling), personalforvaltning mv. I rundskriv 14/2004 som gjelder for eiendomsmeglingsforetak, henviser Kredittilsynet til forskrift om internkontroll samt rundskriv 16/2003 med vedlegg som gir veiledning til forskrift om internkontroll. Forskrift om internkontroll og rundskriv 16/2003 er ikke gjort gjeldende for eiendomsmeglingsforetakene, men Kredittilsynet anser disse for å være nyttige i veiledningsmessig henseende i forbindelse med at foretakene pålegges å etablere internkontroll. Mange av momentene fra nevnte forskrift med tilhørende rundskriv er tatt inn i rundskriv 14/2004.

¹¹⁰ Jf rundskriv 14/2004 side 6.

6.5.3 Daglig leders ansvar for internkontroll

Neste spørsmål er om det likevel tilligger daglig leder noe ansvar for internkontroll i et eiendomsmeglingsforetak.

Aarbakke [m.fl.] uttaler: ”Det følger av [asl. § 6-12] tredje ledd at styret har et særlig ansvar for at det er en betryggende kontroll med selskapets virksomhet, regnskap og formuesforvaltning ... Bestemmelsen pålegger styret det overordnede ansvaret for at det er betryggende interne kontrolltiltak i selskapet ... Den direkte oppfølgingen må imidlertid kunne overlates til daglig leder, jf [asl.] § 6-14 fjerde ledd.”¹¹²

Dersom faglig leder ikke etablerer eller gjennomfører rutiner for internkontroll for eiendomsmeglingsforetaket, som han er pålagt etter Forskriften § 5-3, jf emgll. § 2-1 sjette ledd, mener jeg daglig leder har et overordnet ansvar for å se til at slike rutiner blir etablert og gjennomført. Daglig leder har et ansvar for at foretaket som sådan følger de lover foretaket er underlagt, og må påse at faglig leder utøver sine plikter, herunder plikten relatert til kravet om internkontroll, jf asl. § 6-14 første ledd, jf asl. § 6-12 første og tredje ledd.

I forskrift om internkontroll § 4-1 står det at ”Ledende personale i foretaket skal på sine respektive ansvarsområder rapportere oppgaver i organisasjonen hvordan kontrollen er gjennomført i forhold til forutsatt kontrollopplegg. Dette skal gi daglig leder og styret tilstrekkelig materiale for å ta stilling til om kontrollen er forsvarlig ivaretatt”.

Denne bestemmelsen vil ikke være direkte bestemmende verken for faglig leder eller for daglig leder av et eiendomsmeglingsforetak, men ut fra rundskriv 14/2004 kan bestemmelsen være veiledende for eiendomsmeglingsforetak. Den indikerer at faglig leder har en rapporteringsplikt til daglig leder angående internkontroll og kan være et moment for at daglig leder har ansvaret for å påse at faglig leder utfører internkontrollen etter Forskriften § 5-3.

¹¹¹ Jf rundskriv 14/2004 side 6.

Etter IKT-forskriften § 12 er foretaket ansvarlig for denne internkontrollen, som gjelder bruk av informasjons- og kommunikasjonsteknologi i foretaket. Hvorvidt kravene til internkontroll etter IKT-forskriften og Forskriften § 5-3 går noe i hverandre eller hvorvidt noen av bestemmelsene i IKT-forskriften også dekker internkontrollen som kreves etter Forskriften § 5-3 går jeg ikke inn på.

Daglig leder har et overordnet ansvar for å påse at faglig leder gjennomfører internkontroll i foretaket etter Forskriften § 5-3 og et selvstendig ansvar for internkontrollen etter IKT-forskriften.

¹¹² Jf Aarbakke [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, side 498, punkt 3.2.

7 Avslutning

7.1 Ansvarsforholdet i eiendomsmeglingsforetak

I denne oppgaven har jeg forsøkt å belyse grenseoppgangen mellom faglig leders avgjørende myndighet i eiendomsmeglingsfaglige spørsmål og kravet til den daglige ledelse om forsvarlig virksomhet, gjennom beskrivelser av de rettslige utgangspunktene samt drøftelser av utvalgte typetilfeller.

Faglig leder har muligens fått styrket sin posisjon noe gjennom de siste forskriftsendringene. Kredittilsynet har uttalt at forskriftsendringene også vil skjerpe kravet til meglerforetakets faglige leder, og gir Kredittilsynet et bedre grunnlag for å gripe inn overfor foretak hvor den faglige ledelsen ikke anses betryggende ivaretatt.¹¹³ Det kommer klarere frem nå etter forskriftsendringene hva faglig leders ansvar og plikter omfatter og den avgjørende myndighet faglig leder skal ha for det eiendomsmeglingsfaglige. Faglig leders funksjon vil dels være som en rådgiver overfor daglig leder på det eiendomsmeglingsrelaterte, som daglig leder er nødt til å lytte til og ta hensyn til i sin daglige ledelse. Som drøftelsene viser, blir konklusjonen ofte at faglig leder allikevel ikke har den avgjørende myndigheten på områder som har en viss tilhørighet til det eiendomsmeglingsfaglige.

Faglig leder kan fort bli den svake part i et eiendomsmeglingsforetak. Mye av ansvaret for foretakets virksomhet ligger på faglig leder, mens daglig leder ofte har siste ord i beslutninger som kan påvirke driften og det eiendomsmeglingsfaglige. En kan uttrykke det slik at faglig leder, etter dagens lovgivning er ”fanget i daglig leders garn”.

Daglig leders eventuelle fokus på inntjening, mer enn på det faglige, kan blant annet resultere i noen av problemstillingene oppgaven drøfter.

¹¹³ Jf pressemelding nr 13/2004 fra Kredittilsynet.

Fordelen med delt ansvar er at faglig leder kan konsentrere seg om kompetanse og faglig kvalitet, i stedet for at tiden prioriteres på daglig leder ansvar. Ulempen kan være at daglig leder ikke har den faglige forståelsen.

For de tilfeller der styret og daglig leder er enige om et foretaks profil, som er på tvers av faglig leders ansvar og plikter i henhold til lov og forskrift, har faglig leder et problem med å nå frem med sine krav. I slike tilfeller bør faglig leder ta konsekvensen av dette, dersom ledelsen nekter å endre på forholdene. Etter gjeldende rett er det faglig leder som må frasi seg det faglige ansvaret, idet han eller hun mener at det ikke er mulig å oppfylle det faglige ansvaret godt nok.

For de tilfeller hvor daglig leder er den som hindrer faglig leder i å utøve forsvarlig eiendomsmegling, og styret ønsker å støtte faglig leder, har styret en mulighet til å si opp daglig leder. Dersom dette ikke skjer, er det etter gjeldende rett faglig leder som må frasi seg sitt faglige ansvar. Det kan også være tilfeller hvor faglig leder og daglig leder er enige om driften, men at daglig leder ikke får gjennomslag for sine synspunkter hos styret. Dersom faglig leder ikke får overholdt sitt ansvar og sine plikter, må han eller hun i dette tilfellet også frasi seg sitt faglige ansvar.

7.2 Ansvarsforholdet – de lege ferenda

Daglig leder i et eiendomsmeglingsforetak bør muligens ansvarliggjøres i større grad også for det eiendomsmeglingsfaglige.

En mulighet for å få økt fokus på det faglige ansvaret er å stille vilkår i eiendomsmeglingsloven om at daglig leder må være utdannet eiendomsmegler. Som nevnt under punkt 1.3 og note 7 foran, omfatter eiendomsmeglerutdanningen slike fag som også gir eiendomsmegleren en relevant lederutdanning. Sannsynligvis vil det også være eiendomsmeglere som har annen utdanning i tillegg, som kan kvalifisere dem enda bedre til å inneha en daglig leder stilling, særlig for større foretak.

En annen mulighet kan være å regulere ansvaret som i den danske eiendomsmeglingsloven, hvor ansvarlig leder er øverste leder. Dersom foretaket har en

daglig leder er denne underlagt ansvarlig leder, jf punkt 3 foran. En slik bestemmelse ville klargjøre ansvarsforholdet i et eiendomsmeglingsforetak.

Det er ikke nødvendigvis slik at et eiendomsmeglingsforetak blir bedre drevet av en utdannet eiendomsmegler. En stilling som daglig leder i et eiendomsmeglingsforetak kan være meget forskjellig i innhold og omfang, alt etter hvorledes foretaket er organisert og hvor mange filialer det omfatter etc.

Det er heller ingen selvfølge at en daglig leder som er eiendomsmegler, er mer lydhør overfor en faglig leder enn en daglig leder uten denne utdannelsen. Likevel kan det være at en daglig leder med samme faglige bakgrunn vil ha en større forståelse for omfanget av faglig leders ansvar.

Funksjonene som daglig leder og faglig leder ivaretas nødvendigvis ikke best av samme person. Noen foretak kan trolig bli bedre drevet av en daglig leder med andre lederegenskaper enn den faglige leder. For faglig leder er det viktigste at daglig leder har forståelsen for det ansvaret faglig leder har etter lov og forskrift, og at daglig leder lytter til faglig leder der det eiendomsmeglingsfaglige tangerer daglig leders ansvarsområder. En mulighet ville være at det i ny eiendomsmeglingslov kan inntas en presisering som pålegger et samarbeid mellom daglig leder og faglig leder der rollene tangerer hverandre.

Et annet mulig tiltak for økt fagkompetanse hos daglig leder, kan være en egnethetsvurdering. Det behøver ikke å bety at han eller hun er eiendomsmegler, men at det stilles krav til en eller annen form for relevant kompetanse. I dag er det bare egnethetsvurdering av eiere.¹¹⁴

¹¹⁴ Dersom et foretak skal tildeles konsesjon for å drive eiendomsmeglingsvirksomhet, må lovens krav til egnethet for eiere av eiendomsmeglingsforetak med betydelig eierandel være oppfylt. Vilkåret, som ble innført ved lovendring 13. desember 2002 nr 76, følger av emgll. § 2-1 femte ledd, jf Bråthen/Røse Solli, Eiendomsmegling i praksis del 1, side 31.

I følge bestemmelsen kan "Bevilling til å drive eiendomsmegling ... nektes dersom deltaker eller aksjeeier med betydelig eierandel i foretak som nevnt i § 2-1 første ledd nr 2 og 3 ikke anses egnet til å sikre at foretaket drives i samsvar med lover, forskrifter og god meglerskikk". For daglig leder og styremedlemmer oppstilles det derimot ingen tilsvarende krav.

Kravet til egnethet må være oppfylt til enhver tid så lenge virksomhetene drives. Dersom ikke alle deltakere eller aksjeeiere med betydelig eierandel anses egnet til å sikre at foretaket drives i samsvar med

Et tredje alternativ er å legge mer faglig ansvar på foretaket som sådan. Da vil en daglig leder være nødt til å engasjere seg mer i den faglige delen av foretakets virksomhet.

7.3 Kan man i ny eiendomsmeglingslov dra nytte av erfaringer fra andre bransjer om en liknende problemstilling?

Verdipapirhandelloven er en lov det kan være naturlig å sammenlikne med eiendomsmeglingsloven, da begge lover hjemler former for finansiell tjenesteyting overfor markedet.

Verdipapirhandelloven har ikke begrepet faglig leder, men faktisk leder og daglig leder. Her er det foretaket som får konsesjon, men det stilles krav til at den som faktisk leder virksomheten, skal ha relevant erfaring. I tillegg skal daglig leder (dersom dette er en annen enn faktisk leder) og eventuelt annen person som faktisk leder virksomheten, ha ført en hederlig vandel og ha opptrådt med god forretningsskikk i forbindelse med sitt finansielle virke, jf vphl § 7-2 andre ledd. Med ”faktisk leder” menes ikke nødvendigvis foretakets daglige leder. Poenget er at det er den reelle leder av virksomheten som skal inneha den nødvendige vandel og kvalifikasjoner.¹¹⁵

I verdipapirhandelloven er det stilt krav til en egnethetsvurdering både av daglig leder og styret, i tillegg til kravet som stilles til den faktiske ledelse der denne består av flere personer enn daglig leder. Det stilles ikke de samme strenge krav til styret som til daglig leder. Kravene som stilles er god vandel og tilstrekkelig erfaring.

Dersom en ny eiendomsmeglingslov vil velge mønsteret til verdipapirhandelloven, vil den faglige ledelse i et eiendomsmeglingsforetak nyte godt av at den daglige ledelse har tilstrekkelig erfaring på området. Sannsynligvis vil dette være med på å skape forståelse for faglig leders situasjon og ansvar.

lovgivning, forskrifter og god eiendomsmeglerskikk, kan bevillingen kalles tilbake jf emgll. § 2-8 andre ledd nr 1.

¹¹⁵ Jf Bechmann, Verdipapirhandelloven, kommentarutgave, side 533.

Ansvarer kan også utformes utover kravet til god vandel og tilstrekkelig erfaring. Dersom et større ansvar blir tillagt daglig leder må han eller hun følge nøyer med og ta mer hensyn til utøvelsen av det meglerfaglige og kanskje ta andre og flere hensyn enn det er nødvendig å gjøre i dag.

Videre har jeg sett på om strukturen på daglig ledelse og faglig ledelse av eiendomsmeglingsforetak kan få noen ideer fra apotekbransjen. Dette ut fra en vurdering om at det å eie og drive apotek, i likhet med eiendomsmegling, krever bevilling og spesialkunnskap.

For konsesjon til eierskap av apotek er det ikke krav til farmasøytisk utdanning, jf. apotekloven kapittel 2.

Konsesjon til drift av apotek, jf apotl. § 3-1, gis til en som er utdannet cand.pharm, jf apotl. § 3-2. Denne bestemmelsen krever at søkeren også skal være daglig leder av apoteket, jf apotl. § 3-2 bokstav e.¹¹⁶

I apotekloven er det også krav til tilstrekkelig antall faglig personale samt et krav til at eier skal medvirke til nødvendig videre- og etterutdanning, jf apotl. § 4-3.

Dersom man fikk en bestemmelse i eiendomsmeglingsloven om at eier skal medvirke til nødvendig videre- og etterutdanning, vil dette kunne redusere et eventuelt problem i foretaket rundt avsetning av midler til etterutdanning og kursing. En slik bestemmelse ville kreve at eierne av foretaket måtte påse at det ble avsatt nødvendige midler i budsjettet til etterutdanning og kursing.

¹¹⁶ Forholdet mellom eier og daglig leder reguleres i apotl. § 3-6: "Apotekeren skal sørge for at virksomheten til enhver tid oppfyller faglige krav til apotekvirksomheten som følger av lov, forskrift, vedtak og god apotek- og tilvirkningspraksis. Apotekeren skal følge apotekkonsesjonærens retningslinjer og pålegg i sin daglige ledelse av apoteket så langt de faglige krav som gjelder for virksomheten ikke er til hinder for dette." Apoteker: person med driftskonsesjon til apotek etter apotl. § 3-2, jf apotl. § 1-3 bokstav f. Apotekkonsesjonær: den som har eierskap til apoteket, jf apotl. § 2-1. En tilsvarende bestemmelse i eiendomsmeglingsloven ville muligens gitt faglig leder, under forutsetning av at han eller hun var den ansvarlige leder, en videre hjemmel til å kunne overstyre en eiers beslutninger, enn Forskriften § 5-1 første ledd gir. I tillegg til at daglig leder må være utdannet apoteker, stilles det krav til apotekets farmasøytiske personale, jf apotl. § 4-1.

8 Litteraturliste, offentlige publikasjoner m.v.

8.1 Litteraturliste

Aarbakke, Magnus [m.fl.], Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer, 2. utgave 2004, Universitetsforlaget, ISBN 82-15-00536-5.

Bech, Stig L og Hasfjord, Trond, Eiendomsmeglingsloven med kommentarer, 2. utgave 1995, 4. opplag 2002, ISBN 82-00-22413- 9.

Bechmann, Tor [m.fl.], Verdipapirhandelloven, kommentarutgave, Universitetsforlaget 2002, ISBN 82-15-00142-4.

Boe, Erik, Innføring i juss, Juridisk tenkning og rettskildelære, Tano Aschehoug, Oslo 1996, ISBN 82-518-3453-8.

Brækhus, Sjur, ”Meglerens rettslige stilling”, Tell Forlag, Oslo 1946.

Bråthen, Tore og Solli, Margrethe Røse (red.), Eiendomsmegling i praksis del 1, Utgitt av Norges Eiendomsmeglerforbund, 2. utgave 2004, ISBN 82-7794-037-8.

Bråthen, Tore og Solli, Margrethe Røse (red.), Eiendomsmegling i praksis del 2, Utgitt av Norges Eiendomsmeglerforbund, 1. utgave 2003, ISBN 82-7794-034-3.

Eckhoff, Torstein, Rettskildelære ved Jan E. Helgesen, 5. utgave, Universitetsforlaget 2001, ISBN 82-518-3988-2.

Edlund, Hans Henrik, Omsætning af fast ejendom, Forlaget Thomson A/S, København 2001, ISBN 87-619-0291-8.

Fleischer, Carl August, Rettskilder og juridisk metode, Ad Notam Gyldendal 1998, ISBN 82-417-0954-4.

Gundersen, Fritjof Frank, Langfeldt, Sverre Faafeng, Bråthen Tore, Lov og rett for næringslivet, Universitetsforlaget/Focus Forlag, Oslo 2004, 11. utgave, ISBN 82-15-00586-1.

Lilleholt, Kåre [m.fl.], Reelle hensyn, Det juridiske fakultet, skriftserie nr 40, Tromsø 1999, ISSN 0801-6259.

Love og Anordninger, bekendtgørelser cirkulærer m.v. hæfte 8, 2003.

Norsk Lovkommentar.

Stolt, Marianne Kjær, Lov om omsætning af fast ejendom med kommentarer. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001, ISBN 87-574-0445-3.

Tillæg A til Folketingstidende, Folketingsåret 1992-93, Spalte 6433-8032, København 1994, ISSN 0415-3391.

8.2 Offentlige publikasjoner

NOU 1987: 14 Eiendomsmegling. ISBN 82-00-71066-1

Ot.prp. nr 15 (1931)

Ot.prp. nr 59 (1988-1989)

Ot.prp. nr 96 (2001-2002)

Innst.O. nr 92 (1988-1989)

Innst.O. nr 10 (2002-2003)

Rundskriv 34/2001 fra Kredittilsynet

Rundskriv 16/2003 fra Kredittilsynet

Rundskriv 14/2004 fra Kredittilsynet

Forbrukerombudets rundskriv juli 1994 om markedsføring av boliger

Forbrukerombudets retningslinjer av november 2000 om markedsføring av eiendomsmeglertjenester

8.3 Bransjeregler

Lover for Norges Eiendomsmeglerforbund, sist endret i ekstraordinært landsmøte 9. mai 2003.

Norges Eiendomsmeglerforbunds etiske regler, sist endret på landsmøtet i NEF 7. mai 2004.

8.4 Offentlige brev

Brev fra Kredittilsynet til Finansdepartementet 22.03.2001.

Høringssvar fra NEF til Finansdepartementet 14.01.2002.

8.5 Internettliste

www.lovdata.no (Norsk Lovkommentar)

www.kredittilsynet.no

www.nef.no

www.forbrukerombudet.no

www.bn.eiendom.no

www.exact.no

8.6 Domsregister

Rt 1995 side 1350

9 Vedlegg

9.1 Kapittel 5 i Forskrift om eiendomsmegling

Kap 5. Faglig leders ansvar og plikter. Krav til internkontroll i meglerforetaket

0 Tilføyd ved forskrift 15 april 2004 nr. 626.

§ 5-1. (*faglig leders ansvar og plikter*)

Faglig leder for foretaket/filialen, jf. lovens § 2-1 sjette ledd og § 2-2 første ledd, har avgjørende myndighet i alle spørsmål som gjelder den faglige utøvelsen av meglingsvirksomheten i foretaket/filialen, og er ansvarlig for at denne virksomheten drives i samsvar med de krav som stilles i lov og forskrift.

Faglig leder har ansvaret for at de øvrige ansatte har den nødvendige kompetanse til å løse de oppgaver de får tildelt. Med ansatt menes i dette kapittel også person med tilsvarende tilknytning til meglerforetaket.

Faglig leder skal til enhver tid ha oversikt over hvilke oppdrag foretaket/filialen vedkommende er faglig leder for påtar seg, kontrollere at oppdragene gjennomføres uten unødig opphold, og påse at ingen har ansvar for flere oppdrag enn de kan arbeide aktivt med.

0 Tilføyd ved forskrift 15 april 2004 nr. 626 (i kraft 1 juni 2004).

§ 5-2. (*faglig leders tilstedeværelse*)

Faglig leder skal være til stede i lokalene til foretaket/filialen i nødvendig utstrekning. Omfanget av tilstedeværelsen skal stå i forhold til meglingsvirksomhetens art, omfang, antall ansatte og de ansattes kvalifikasjoner.

En person kan kun være faglig leder for ett foretak eller én filial. Kredittilsynet kan gi tillatelse til at samme person er faglig leder for to foretak/filialer når særlige grunner foreligger og Kredittilsynet finner det forsvarlig. Det kan i denne forbindelse stilles vilkår.

0 Tilføyd ved forskrift 15 april 2004 nr. 626 (i kraft 1 juni 2005).

Trer i kraft 1 juni 2005.

§ 5-3. (*internkontroll*)

Faglig leder skal påse at foretaket/filialen har en forsvarlig internkontroll for den eiendomsmeglingsfaglige utøvelsen av virksomheten, og er ansvarlig for at kontrollen blir dokumentert, gjennomført og overvåket. Som en del av internkontrollen skal det foreligge rutinebeskrivelse som detaljert angir hvilke rutiner som skal følges ved gjennomføringen av eiendomsmeglingsoppdrag.

Det skal utarbeides en skriftlig oversikt over utdanning og praksis for alle ansatte som utfører arbeid som inngår som ledd i eiendomsmegling. Faglig leder skal løpende vurdere og årlig nedtegne vedkommendes arbeidsoppgaver og om denne har behov for opplæring eller særskilt oppfølging for å kunne utføre de oppgavene som pålegges.

0 Tilføyd ved forskrift 15 april 2004 nr. 626 (i kraft 1 juni 2005).

Trer i kraft 1 juni 2005.

(<http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgave/retningslinjer>)

A